المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
مكة المكرمة
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول
شعبة الفقه

أحكام تلف الأموال في الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة
إلى قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة
لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي

إعداد
عبد الله بن محمد بن ناصر الغطيمل

إشراف
فضيلة الأستاذ الدكتور
نزيه كمال حماد

١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٠٨



١- ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾

الأنبياء ، ٧٨

٢- روى الإمام مالك رحمه الله أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

الموطأ ، ٢/٧٤٧

٣- قال صلى الله عليه وسلم إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا

رواه البخاري ١/٣٥
ومسلم ٢/١٤٧ واللفظ له

المقدمة

سبب اختياري للموضوع
ومنهجي في البحث والخطة ١٢٤١

المقدمــــة

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب اليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ،من يهده الله فلا مضل له ،ومن يضلل فلا هادى له . وأشهد أن لااله الا الله وحده لاشريك له شهادة عليها أحيا وعليها أموت وعليها أبعث يوم العرض عليه .

وأشهد أن محمدا رسول الله أرسله الله على حين فترة من الرسل فأكمل به الدين وأتمَّ به النعمة وختم به الرسالة : " ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلإِسْلَامَ دِينًا " (١) . .. " مَاكَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِن رِجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّينَ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا " (٢) .

لم يقبضه سبحانه حتى ترك أمته على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لايزيغ عنها الا هالك . بَشَّر وأنذر ،وبَلَّغ الرسالة ،وأدَّى الأمانة ونصح الأمة ،وجاهد فى الله حق جهاده صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسار على نهجه ولزم سُنَّتَهُ الى يوم الدين .

سبحانك لاعلم لنا الا ماعلمتنا انك أنت العليم الحكيم . ربنا آتنا من لدنك رحمة وهَيِّىء لنا من أمرنا رشدا . رَبِّ اشرح لى صدرى ،ويَسِّر لى أمرى . واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى .

أما بعد :

فان نعم الله على خلقه كثيرة لاتحصى ولاتستقصى . ومن أَجَلِّ هذه النعم وأعظمها نعمة المال كيف لا وهو احدى الضروريات الخمس التى اعتنت بها سائر الشرائع وجاءت بالمحافظة عليها .

يقول القرافى : " خمس اجتمعت الأمم مع الأمة المحمدية عليها وهى : وجوب حفظ النفوس والعقول فتحرم المسكرات باجماع الشرائع ... وحفظ

---

(١) المائدة : ٣

(٢) الأحزاب : ٤٠

الأعراض فيحرم القذف وسائر السّباب ،ويجب حفظ الأنساب فيحرم الزنا في جميع الشرائع ،والأموال يجب حفظها في جميع الشرائع فتحرم السرقة ونحوها" (١) .

ومن أجل ذلك اعتنى فقهاء الاسلام رحمهم الله بالأحكام المتعلقة بالأموال أيّما عناية فقعّدوا القواعد وفرّعوا الفروع عليها،حتى افترضوا وقوع مالم يكن واقعا واستنبطوا الحكم المناسب له فلا يكاد طالب العلم يبحث عن مسألة من المسائل الا ويجدها منصوصا عليها أو على مايشابهها يقول الشيخ عبدالرحمن بن سعدي : "فان أهل العلم رحمهم الله وجزاهم عن المسلمين خير الجزاء قصدوا في كلماتهم المحكمة الكلّيّة أن تحيط بجميع مايحدث من الجزئيات ولهذا لايكاد البصير أن يجد مسألة خارجة عن دخولها في عباراتهم " (٢) .

لكن مثل هذه الأحكام لايكاد يجمعها باب واحد في كتب الفقه فهي متفرقة في أبواب متعددة حسب موضوع المسألة،مختلطة بأحكام أخرى كثيرة بل في بعض الأحيان تُذكر بعض هذه المسائل في غير مظنتها مما يجعل المنال صعبا على الباحث ،وربما لايقف عليها (٣) خصوصا في مثل هذا الزمان الذي

---

(١) الفروق (٣٣/٤) .

(٢) الفتاوى السّعْديّة (ص ٥٦٤ - ٥٦٥) .

(٣) وقد تنبّه الى ذلك أحد فقهاء الشافعية الشيخ بدر الدين محمد بن بهادر الزّركشي فألف كتابه الموسوم : " خبايا الزوايا" وقد ذكر في مقدمته (ص٣٦) : "وبعد:فهذا كتاب عجيب وضعه، وغريب جمعه، ذكرت فيه المسائل التي ذكرها الامامان الجليلان أبو القاسم الرافعي في شرحه للوجيز ،وأبو زكريا النووي في روضته (تغمّدهما الله برحمته) في غير مظنتها من الأبواب ،فقد يعرض للفطن الكشف عن ذلك فلا يجده مذكورا في مظنته، فيظن خلوّ الكتابين عن ذلك وهو مذكور في مواضع أُخَر منها. فاعتنيت بتتبّع ذلك فرددت كل شكلٍ الى شكله، وكل فرع الى أصله، رجاء الثواب،وقصد التسهيل على الطلاب ... ولقد بلغني عن القاضي شرف الدين البارزي رحمه الله تعالى أنه سُئِلَ من بلاد حلب عن مسألة فأجاب عنها وعَزَى النقل للامام الرافعي . فكُشِفَ عن المواضع اللائق بها فلم توجد ،فرُوجِعَ في ذلك فقال ذكرها في زويةٍ ولم يسمح بذكرها"،وهذا الكتاب مطبوع في طبعته الأولى عام ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م وهو من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بدولة الكويت بتحقيق عبدالقادر عبدالله العاني ومراجعة الدكتور عبدالستار أبوغده.

قصرت فيه الهمم عن البحث والاستقراء ودب العجز فى كثير من طلبة العلم والله المستعان .

وصعوبة استخراج المسائل من الكتب الفقهية القديمة للسبب المتقدم فتح الباب واسعا للحاقدين على الاسلام والمسلمين من الكفرة والملحدين والمنافقين أدعياء الاسلام[١] . فراحوا يصفون الاسلام بالجمود تارة وبعدم وفائه بأحكام الحوادث تارة أخرى ممهدين بذلك الى الأخذ بحثالة أفكار البشر وترك ما أنزل الله تعالى على رسوله فى كتاب لايأتيه الباطل من بين يديه ولامن خلفه تنزيل من حكيم حميد . تنزيل ممن خلق البشر وهو الأعلم بما يصلحهم ويصلح لهم : " أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ "[٢] .

ولكن يأبى الله سبحانه وتعالى الا أن يتم نوره فقال : " يُرِيدُونَ لِيُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَاللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ "[٣] . " هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ "[٤] .

ولهذا السبب أصبحت الحاجة مُلِحَّة الى أن تُسَخَّر أقلام وعقول وخاصة من طلبة هذا العلم الشرعى لدَحْض شبه المبطلين وابطال دعاوى المفترين امتثالا لقول الحكيم : " وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ "[٥] .

---

(١) وصدق الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم حيث قال فى الحديث الذى أخرجه الشيخان أن حذيفة ابن اليمانى يقول كان الناس يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخير وكنت أسأله عن الشر مخافة أن يدركنى الى أن قال : قلت فهل بعد ذلك الخير من شر ؟ قال نعم دعاة على أبواب جهنم من أجابهم اليها قذفوه فيها قلت يارسول الله صفهم لنا قال هم من جلدتنا ويتكلمون بألسنتنا قلت فما تأمرنى ان أدركنى ذلك قال تلزم جماعة المسلمين وامامهم قلت : فان لم يكن لهم جماعة ولا امام قال فاعتزل تلك الفرق كلها ولو أن تَعَضّ بأصل شجرة حتى يدركك الموت وأنت على ذلك " . صحيح الامام البخارى(٩٣/٨) كتاب الفتن باب (١١)، مسلم (١٤٧٦/٣) كتاب الأمارة باب (١٣) .

(٢) الملك : ١٤

(٣) الصف : ٨

(٤) الصف : ٩

(٥) التوبة : ١٢٢

فيقوموا بابراز الأحكام الفقهية وعرضها بأسلوب سهل المأخذ والفهم وذلك بجمع ماتفرق من الأحكام - فى أبواب متعددة ،وماذكر فى غير مظنته ،مع اتحاد الموضوع - فى عقد واحد . وبذلك يحصل البلاغ وتقوم الحجة ،وتظهر الصورة المشرقة المشرفة للفقه الاسلامى المستمد من الكتاب العزيز والسنة الصحيحة المطهرة الذى مهما عمل البشر وأعملوا أفكارهم لن يأتوا بمثل أحكامه وتشريعاته : " قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا "(1) .

سبب اختيارى للموضوع :

اسهاما منى فى تحقيق هذا الهدف الذى سبق وأن أسهم فيه ولله الحمد اخوة فضلاء فى كافة أنحاء المعمورة فقد رأيت أن أجمع أحكام تلف الأموال المتناثرة فى الفقه الاسلامى وفى مختلف أبوابه وذلك لما يأتى :

(١) لما للمال من أهمية فى حياة البشر اذ به تقوم الحياة ،وبسببه تنشأ الكثير من الخصومات ،فالحاجة ماسة الى معرفة أحكامه ومن أهمها أحكام تلفه . حيث أن تلفه يترتب عليه الكثير من الآثار كالضمان والاجزاء فى العبادات وعدمه ،ونفاذ العقود وعدمه وهذه مما يكثر دَوْرُهَا ويَحْتَاجُ اليها الحكام عند فَضِّ المنازعات وفصل الخصومات .

(٢) أن هذا الموضوع بهذا العنوان وبالخطة التى سرت عليها وفى حدود ما اطلعت عليه - وفوق كل ذى علم عليم - لم يسبق أن بُحِثَ وجُمِعَ شتات أحكامه، من أبواب العبادات، والمعاملات، والعقوبات، وسائر التعديات .

أما ماكتب من أبحاث فى نظرية الضمان فهذه قد عُنِيَتْ بالقواعد والضوابط لنظرية الضمان من ذكر تعريف الضمان وأركانه وأسبابه وشروطه ونحو ذلك، والأحكام الفقهية تُعْرَضُ عَرْضاً مختصرا على سبيل المثال

---

(1) الاسراء : ٨٨

فقط وهذا على العكس تماما من موضوع بحثي فالأحكام الفقهية في هذا البحث هي الأصل ثم أحاول جمعها في ضابط أو قاعدة ان تيسر لي الأمر لأنه وفي نظري يصعب جدا أن تضع قاعدة أو ضابطا لمجموعة من الأحكام ثم تقول إنّ هذا الضابط أو هذه القاعدة عند المذاهب الأربعة وهذا في الأعم الأغلب . نعم يمكن ذلك في المذهب الواحد مع أنه قد يكون لهذا المذهب بعض الاستثناءات أيضا .

اضافة الى ذلك فان هذه الأبحاث باقتصارها على الضمان فقط قد استبعدت كثيرا من الأحكام الفقهية التي عُنِيتُ بها في بحثي هذا لأن الضمان أحد آثار التلف كما ذكرنا آنفا .

هذا فضلا عن أن هذه الأبحاث لاتعدوا أن تكون مذكرات دراسية أوعجالات أراد بها مؤلفوها الأفاضل فتح الباب للباحثين في مثل هذه المواضيع ولذلك تجد بعض هذه الأبحاث ينقصه بعض مقومات البحث العلمي ومن أهمها استقصاء الأقوال في المسألة من كل المذاهب والعناية بالدليل استدلالا وتخريجا ونحو ذلك (١) .

غير أني وقبل طباعة هذا البحث بنحو من ثلاثة أشهر وقفت على رسالة دكتوراه موسومة بـ " ضمان المتلفات " للدكتور سليمان محمد أحمد .

وهذه وان كانت رسالة علمية جيدة في موضوعها الا أنها عنيت بالضمان كنظرية فسلك سبيل من سبقه فيمن كتب في نظرية الضمان الا أنه قد توسع في ذكر المسائل الفقهية التطبيقية المستمدة من باب الغصب في كتب الفقه فأساس هذه الرسالة والمحور الذي ترتكز عليه هو باب الغصب وهذا مخالف لما سرت عليه جملة وتفصيلا بل ان باب الغصب ومافيه من أحكام لايعدو أن يكون مبحثا في أحد فصول هذه الرسالة .

واني لاأقصد من كلامي هذا استنقاص هذه الأبحاث أو القدح فيها معاذ الله بل ذكرت ذلك لدفع الوهم الذي قد يطرأ في الذهن من أن هذا

---

(١) من هذه الأبحاث على سبيل المثال "نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي" للدكتور وهبه الزحيلي،وبحث "الضمان في الفقه الاسلامي" للشيخ الأستاذ علي الخفيف ،و"نظرية الضمان في الفقه الاسلامي" للأستاذ الدكتور محمد فوزي فيض الله .

الموضوع قد سبق وأن بحث والا فان هذه الأبحاث كما ذكرت جيدة فى موضوعها ولعلماء مشهود لهم بالعلم والفضل . ومنهم من له اليد الطولى فى اثراء المكتبة الاسلامية بالأبحاث النافعة .

الصعوبات التى واجهتنى فى هذا البحث :

(١) فى وضع خطة البحث بعد الموافقة عليه :

لقد بذلت جهدى ليكون هذا البحث مستوفيا لأحكام تلف الأموال فى الفقه الاسلامى ولو على الأقل الأحكام المهمة التى يترتب عليها آثارٌ ، والا فإنّ حَصْرَ جميع أحكام التلف مُتَعَسِّرٌ على طالب علم مثلى فى أول الطريق هذا فضلا عن كون مثل هذا العمل يستدعى أنْ يَخْرُجَ البحث أسفارا عديدة وكبيرة قد لاتكون معهودة فى نظام الرسائل العلمية وقد لايكون الوقت المحدد لتقديم مثل هذا البحث كافيا لذلك .

وقد سلكت فى وضع الخطة طريقة الإعتماد على كتاب من كل مذهب يعتبر من أوسع الكتب المطبوعة المعتمدة فيه . وذلك مثل بدائع الصنائع فى المذهب الحنفى ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه فى المذهب المالكى وروضة الطالبين فى المذهب الشافعى ، والمغنى فى المذهب الحنبلى .

ثم استعرضت أحكام كل باب من أبواب الفقه له علاقة بموضوع البحث فى كل كتاب من هذه الكتب واستخرجت منه أحكام التلف ووضعت لها العناوين المناسبة ، وماكان منها فى غير بابه بحثت عنه فى مظانه لاآلو جهدا فى ذلك ، واذا ذُكِرَ فى أحد هذه الكتب مسألة ولم يُذْكَرْ فى غيرها أو ذُكِرَ فى بعض منها بحثت عنها فى غير هذا الكتاب الذى اعتمدته فى هذا المذهب ولم يَذْكُرْهَا . حرصا منى على استيفاء حُكْمِ هذه المسألة من المذاهب الأربعة .

ولايخفى مافى هذا العمل ـ أقصد استقراء أحكام التلف فى الكتب المُطَوَّلَةِ ـ من عناء ومشقة فقد عانيت كثيرا فى جمع أحكامه ومسائله ووضع العناوين المناسبة لها وزاد الأمر صعوبة كونه مقارنا بين المذاهب

السنية الأربعة فليس من الضرورى أن المسألة التى تبحث فى مذهب ـ ما ـ تبحث فى مذهب آخر . وقد يفيض بعضهم فيها ويُسهب بينما البعض الآخر يذكر حكمها مختصرا .

(٢) من الصعوبات التى واجهتنى أيضا أن الفقهاء قد رتبوا أحكام التلف على أحكام آخرى فى الباب تعتبر أصلا لهذه الأحكام فكان لابد من استيعاب الباب الذى فيه موضوع البحث وفى كل مذهب من المذاهب لأتعرف على منشأ هذا القول ومبناه .

فقراءتى اذا لم تقتصر على أحكام التلف فقط حيث لايصح أخذ المسائل مجردة عن أصولها ولايخفى أن مثل ذلك يأخذ من الوقت والجهد الذهنى الشئ الكثير ولكن أحمد الله سبحانه وتعالى على ذلك فالعبرة بالأعمال بخواتيمها وخاتمة هذا العمل أنى ولله الحمد قد استفدت الشئ الكثير من هذا البحث واطلعت على أحكام فى أبواب مختلفة لم أكن لأطلع عليها لولا ذلك فقد أثرى معلوماتى وزاد من قدراتى على البحث وفهم عبارات الفقهاء وتعليلاتهم .

(٣) ومن الصعوبات أيضا المصطلحات فى بعض المذاهب كلفظ المواضعة والعهدة ـ وحق التوفية والقرار ومايغاب عليه ومالايغاب عليه ونحو ذلك مما يحتاج الى فهم المقصود به والتعرف عليه .

ولعل من الألفاظ التى أخذت مِني الوقت الكثير وتطلبت منى جهدا كبيرا اطلاق الفقهاء لفظ محل الهدى سواء كان تطوعا أو واجبا . فالفقهاء يقولون اذا بلغ الهدى محله ولايبينون المقصود بالمحل هل هو الزمان أو المكان أو هما معا ومعرفة ذلك يترتب عليه معرفة شئ من أحكام تلف الهدى وهو ما اذا ذبح مما سنعرضه مفصلا ان شاء الله تعالى .

فهذا قد بحثت كثيرا فى كتب أهل العلم وسألت فلم أقف على عالم يبين المراد بمحل الهدى وخصوصا هدى التطوع ـ أقول لم أقف على شئ يبين لى المراد بيانا شافيا كافيا لالبس فيه ولاغموض . فاستعنت بالله تعالى وجمعت نصوص الفقهاء من كل مذهب وحاولت استنباط المراد بمحل

الهدى تطوعا كان أو واجبا من هذه النصوص وهذا رأيي واجتهادى ان يكن صوابا فمن الله وحده وأحمده عليه وان يكن خطأ فمن نفسى واستغفر الله تعالى على ذلك وأنا راجع عنه ان شاء الله تعالى الى الصواب .

هذه بعض الصعوبات التى واجهتنى فى هذا البحث وهى كما ذكرت لم تشكل حاجزا عن البحث ولله الحمد بل ربما أفادتنى كثيرا من الناحية العلمية كما أشرت الى ذلك آنفا . ولكنى ذكرتها ليقدر الناظر فى هذا البحث الجهد المبذول ويلتمس الأعذار عن الهفوات وكل انسان يؤخذ من قوله ويترك الا نبى الله محمد عليه أفضل الصلاة والسلام .

منهجي فى البحث والخطة :

(١) سلكت فى هذا البحث طريقة المقارنة بين المذاهب السنية الأربعة الحنفى ، المالكى ، الشافعى ، الحنبلى واذا وجدت للمذهب الظاهرى كلاما فى الموضوع ذكرته .

وذلك بالرجوع الى الكتب المعتمدة والمصادر الأصلية فى كل مذهب من هذه المذاهب .

(٢) بعد عرض آراء الفقهاء فى المسألة المراد بحثها وأدلتهم ان وجدت والمناقشة أقوم مستعينا بالله تعالى باستظهار قول من هذه الأقوال مدعما ذلك بالدليل قدر الامكان هذا ان ظهر لى وجه رجحان والا فان الترجيح ليس تبعا للهوى والتشهى .

(٣) قمت بتحرير أقوال الفقهاء وبينت أن هذا القول هو المذهب أو المعتمد أو هو الذى عليه الفتوى أو المشهور أو أصح الأقوال ونحو ذلك من المصطلحات فى كل مذهب مشيرا الى من ذكر ذلك من العلماء .

(٤) قد يستدعى البحث أن أذكر أحكاما ليس لها علاقة بالموضوع لكون أحكام التلف مبنية عليها وفى هذه الحالة أعرض هذه الأحكام عرضا موجزا وفى كل مذهب من المذاهب من غير أدلة ولامناقشة ولاترجيح لأن الاستطراد فى مثل هذه المسائل يُخرِجُ عن موضوع البحث وهذا مخالف لأصول البحث العلمى .

ومن الأمثلة على ذلك ماذكرته عند ذكر أحكام التلف فى الزكاة فقد أوردت أقوال الفقهاء فى وقت وجوب الزكاة لأن التلف اما أن يكون قبل الوجوب أو بعده .

وكذلك ماذكرته عند الكلام على أحكام تلف الهدى . فقد أوردت أقوال الفقهاء فى محل الهدى سواء كان واجبا أو تطوعا . لأن الهدى اما أن يعطب قبل بلوغه محله أو بعد بلوغه محله وبين هذا وذاك فرق فى الأحكام .

وكذلك ماذكرته عند الكلام على أحكام التلف فى الشركات فقد عرّفتُ ببعض شركات العقد التى لها علاقة بالموضوع لكون الأحكام تختلف حسب وصف الشركة وطبيعتها .

(٥) قمت بترقيم الآيات القرآنية مع ذكر اسم السورة .

(٦) قمت بتخريج الأحاديث وعزوها الى الجزء والصفحة والكتاب ورقم الباب فى كل كتاب من الكتب الستة أو غيرها قدر الامكان .

وذكرت آراء المحدثين حول الحديث صحة وضعفا الا ماجاء فى صحيح الامام البخارى وصحيح الامام مسلم أو فى أحدهما .وكذلك قمت بتخريج الآثار حسب الاستطاعة .

(٧) شرحت الكلمات الغريبة فى نظرى سواء كانت واردة فى حديث أو أثر أو نص لفقيه وذلك بالرجوع الى المراجع الأصلية فى الغريب والقواميس المعتمدة فى اللغة العربية .

(٨) عملت فهرسا أبجديا للآيات الواردة فى الرسالة وآخر للأحاديث تيسيرا على الباحث عنها .

هذا وقد استدعى البحث أن أجعله فى مقدمة وتمهيد وأربعة أبواب وخاتمة وفصلت ذلك فى الفهرس الذى جعلته فى آخر الرسالة وقد جاءت الخطة اجمالا على النحو التالى :

المقدمة : وتشتمل على سبب اختيارى لموضوع البحث والصعوبات التى واجهتنى ومنهجى فى البحث والخطة ٠

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف التلف فى اللغة والاصطلاح والعلاقة بينه وبين الهلاك وذكر أسبابه ٠

المبحث الثانى : تعريف المال ٠

الباب الأول : فى مسئولية من يقع منه أو بسببه الاتلاف لأموال الغير ٠

وفيه ستة فصول :

الفصل الأول : تلف الأموال بيد غير المكلف ٠

الفصل الثانى : تلف الأموال بفعل المكره ٠

الفصل الثالث : تلف الأموال بفعل المضطر ٠

الفصل الرابع : تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات السائبة ٠

الفصل الخامس :تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة والحديثة ٠

الفصل السادس : التلف الناشئ بسبب الحفريات فى الطرق العامة أو سقوط المبانى ومايتبعها من ثوابت ومنقولات ٠

الباب الثانى : أحكام تلف الأموال فى فقه العبادات ٠

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى باب الزكاة ٠

الفصل الثانى : التلف والاتلاف فى الهدى والأضحية ٠

الفصل الثالث : تلف الأموال واتلافها فى الجهاد ٠

الباب الثالث : أحكام تلف الأموال فى العقود الشرعية ٠

وفيه خمسة فصول :

الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى عقود المعاوضات .

الفصل الثانى : أحكام تلف الأموال فى عقود التبرعات .

الفصل الثالث : أحكام تلف الأموال فى عقدَي التوثيق والحفظ .

الفصل الرابع : أحكام تلف الأموال فى عقود النيابة .

الفصل الخامس: تلف الأموال واتلافها فى شركات العقد .

الباب الرابع : أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة وغير المشروعة .

وفيه فصلان :

الفصل الأول : أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة .

الفصل الثانى : أحكام تلف الأموال فى التصرفات غير المشروعة .

الخاتمة : وفيها أذكر خلاصة لأهم الأحكام فى البحث .

وبعد فهذا هو البحث وهو بلا شك جهد المقل أقدمه بين يدى الناظر فيه وأتمثل بقول الشاعر :

فلابد من عيب فان تجدنه ... فسامح وكن بالستر ممن يفضل

فمن ذا الذى ماساء قط ومن له الـ ... محاسن قد تمت سوى خير مرسل

فما كان فيه من صواب فمن الله وحده سبحانه أحمده عليه وأشكره وماكان فيه من خطأ أو زلل فمن نفسى والله ورسوله برىء منه وأستغفر الله على ذلك وحسبى أنى لم أدخر وسعا فى تحرى الصواب .

وان كان قد بقى لى كلمة فى ختام هذه المقدمة فهى أن أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان الى جامعة أم القرى ممثلة بالمسئولين القائمين عليها على تيسير سبل العلم لطلابه وأخص بذلك كلية الشريعة والدراسات الاسلامية الأم فى هذه الجامعة الفتية ممثلة بعميدها وأعضاء هيئة التدريس فيها الذين نهلنا من علمهم الجم الغزير وأخص من هؤلاء المشرف على هذا البحث سعادة الأستاذ الدكتور / نزيه كمال حماد . الذى فتح لى قلبه وتحملنى كثيرا وأعطانى الكثير من وقته وجهده فبارك الله فيه ونفعه ونفع به وجزاه الله عن العلم وطلابه خير الجزاء انه سميع مجيب .

اللهم علمنا ماينفعنا ،وانفعنا بما علمتنا . وزدنا علما وعملا صالحا يا أكرم الأكرمين اللهم لاسهل الاماجعلته سهلا انت ان شئت جعلت الحزن سهلا يا أرحم الراحمين ..

سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين ... وصل اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ..

التمهيد

وفيه مبحثان :

التمهيـــــــد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف التلف فى اللغة والاصطلاح

التلف لغـــة :

يقول ابن فارس :[1] " تلف:التاء واللام والفاء كلمة واحدة وهو ذهـــاب الشـــىء" .

ويقول الجوهرى[2] والهروى[3] : " التلف الهلاك " .

ويقول الفيروز آبادى[4] : " تلِفَ كفرِح . هلك . وأتلفه أفناه" .

فمعنى التلف لغة مرادف لمعنى الهلاك ،لأن الهلاك لفظ يدل علـــــــى كسر وسقوط كما قال ابن فارس[5].

وقال الفيروز آبادى[6] : " استهلك المال أنفقه وأنفده" .

واذا استحال الشيء وفسد قيل عنه هالك ومن ذلك قوله تعالـــــــى : " وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ "[7] .

كما يطلق الهلاك على الموت ومن ذلك قوله تعالى : " إِنِ ٱمْـــــرُؤٌ هَلَـــكَ "[8] ،وقوله تعالى مخبرا عن الكفار : " وَمَا يُهْلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهْرُ"[9] .

---

(١) معجم مقاييس اللغة (١/٣٥٣) .

(٢) الصحاح (٤/١٣٣٣) .

(٣) غريب الحديث (٤/٣٢٣) .

(٤) ترتيب القاموس المحيط (١/٣٧٥) .

(٥) معجم مقاييس اللغة (٦/٦٢) .

(٦) ترتيب القاموس المحيط (٤/٥٢٦) .

(٧) البقرة : ٢٠٥ .

(٨) النساء : ١٧٦ .

(٩) الجاثية : ٢٤ .

ويطلق لفظ الهلاك أيضا على بطلان الشئ وعدمه رأسا وهو مايسمى فناءا وقد أشار اليه تبارك وتعالى بقوله : " كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ "(١)

ومن افتقد الشئ وهو موجود عند غيره يعتبر هالكا عليه ومن ذلك قوله تعالى : " هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَهْ "(٢) . ذكر هذه الأوجه الراغب الأصبهاني (٣) .

ومن هذا يتضح لنا أن التلف والهلاك كلمتان مترادفتان فى لغة العرب ترجعان الى معنى واحد وتدلان على شئ واحد . وهو ذهاب الشئ وفناؤه .

التلف اصطلاحا :

استعمل الفقهاء كلمة التلف والهلاك باعتبارهما مترادفتين لغة لمعنى واحد وهو المعنى اللغوى الآنف الذكر فتارة يعبرون بالتلف ،وتارة يعبرون بالهلاك ويريدون بذلك معنى واحدا وهو خروج الشئ من أن يكون منتفعابه المنفعة المطلوبة منه عادة (٤) .

---

(١) القصص : ٨٨

(٢) الحاقه : ٢٩

(٣) المفردات فى غريب القرآن (٧٩٣/٢) .

(٤) بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩) . وتعبير الفقهاء عن تلف الأموال بهلاكها ورد كثيرا فى ثنايا كتبهم ولم يقتصر اطلاقهم لفظ الهلاك على الأموال التالفة من ذوات الأرواح،فقد جاء فى الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٣/٩) قوله : " واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه" وجاء فى قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى (ص ٤٠٢) : " وتبنى الرباع المُحَبَّسة من غلاتها فان لم تكن فمن بيت المال فان لم يكن تركت حتى تهلك" وجاء فى الدر المختار (١٨٤/٦) : " وكل مكيل وموزون مشرف على الهلاك ..." ،وجاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٨٨/٢) قوله : " ولو حدث فى المغصوب نقص يسرى الى التلف بأن أى كأن جعل الغاصب الحنطة المغصوبة هريسة ... فكالتالف حكمه لأنه لو ترك بحاله لفسد فكأنه هلك" ،وجاء فى روضة الطالبين (٣٣/٥) : قوله : " ماله سراية لايزال يسرى الى الهلاك الكلى كما لو بَلَّ الحنطة وتمكّن فيها العَفَن الساري" ،وقد يعبرون عن الشئ بالتلف فى أول الكلام وبالهلاك فى آخره فمن ذلك ماقاله الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير (٤٥٦/٣) : " وان تلف بسماوي فان المشترى يَغْرَم القيمة لآخر رؤية ان كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة "=

والتلف فى اصطلاح الفقهاء على قسمين :

(الأول) تلف حقيقى : وهو ذهاب الشيء كله أو بعضه فالأول كقتل الدابة وحرق الثوب . والثانى كخرق - بالخاء المعجمة - الثوب وكسر العصى والصحفة . ونحو ذلك .(١)

(الثانى) تلف حكمي: وهو حدوث معنى فى الشيء يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة (٢) ،ومن ذلك :

(١) اذا مات الوديع وتعمد تجهيل الوديعة بحيث لاتعرف من غيرها يقول الكاسانى (٣) : "وان كانت لاتعرف بعينها فهى دين فى تركته يُحَاصّ الغرماء لأنه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنىً لخروجها من أن تكون منتفعا بها فى حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف " .

(٢) خلط الوديعة بغيرها خلطا لايمكن تمييزه (٤) وفى ذلك يقول الكاسانى "لأنه اذا كان لايتميز فقد أعجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا" .

وجاء فى المدونة (٥) : " فان كانت الحنطة لاتشبه حنطته قال أراه ضامنا فى قول مالك لأنه قد أتلفها حين خلطها بما لايشبهها لأنها قد تلفت بمنزلة الحنطة فى الشعير" .

= وهذا قليل من كثير ذكرناه على سبيل المثال فقط لا الحصر ،لدفع الوهم بأن لفظ الهلاك لايستعمل فى الغالب الا فى تلف ذوات الأرواح فقط دون غيرها من الأموال ،والله أعلم .

(١) البهجة شرح التحفة (٣٤٤/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩) .

(٣) المرجع نفسه (٣٨٩٦/٨) .

(٤) المرجع نفسه (٣٨٩٤/٨) .

(٥) (١٤٦/٦) وراجع المغنى (٢١٤/٥)، المنثور فى القواعد (١٢٤/٢) .

(٣) اذا ضاع المال فيعتبر عند الفقهاء تالفا حكما فقد جاء فى المدونة[1] "قال ولقد سئل مالك عن امرأة هلكت بالاسكندرية وكان ورثتها بالمدينة فأوصت الى رجل ... فخرج الرجل حاجا وخرج بالنفقة معه ليطلب ورثتها ليدفعها اليهم فضاعت منه فى الطريق ... قال مالك هو عرّضها للتلف ولو شاء لم يخرجها الا بأمرهم" .

(٤) رجوع الشهود عن شهادتهم بعد أن أخذ المشهود له المال بسبب هذه الشهادة اعتبره الفقهاء اتلافا حكميا لمال صاحبه ومن الأمثلة على ذلك :

أن المرأة تملك نصف الصّداق بالعقد والنصف الآخر بالدخول على قول بعض الفقهاء فلو طلّقها الزوج وأنكر أن يكون دخل بها ثم شهد عليه شاهدان بالدخول ثم رجعا عن شهادتهما بعد أن دفع الزوج الى الزوجة النصف الآخر من الصداق بسبب هذه الشهادة فان الشاهدين يضمنان للزوج ماغرم وقد علّله الدسوقى بقوله : " لأنهما أتلفاه عليه بشهادتهما"[2] .

ويقول القرافى فى ذلك أيضا : " وكشهود الزور أو الجهلة يشهدون بمايوجب ضياع المال على انسان ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فانهم يضمنون ماأتلفوه بشهادتهم"[3] .

(٥) تقطيع الوثيقة المتضمنة لاثبات حق مالي اذا لزم من تقطيعها ضياع ذلك الحق ،فيضمن من قام بتقطيع هذه الوثيقة لصاحبها الحق المالى الثابت بها حكاه القرافى عن الامام مالك وقال : " ورأى أنه أتلف الورقة بالمباشرة بالاتلاف وأتلف الحق بالتّسبب "[4] .

(٦) المنافع بمرور الزمان عليها تتلف تلفا حكميا سواء كانت فى يد مُحِقّة كيد المالك أو غير مُحِقّة كيد الغاصب ولذلك يعتبر الفقهاء تعطيل المنفعة أو استيفاءها بطريق مشروع أو غير مشروع اتلافاً لها

---

(١) (١٤٥/٦) .

(٢) حاشية الدسوقى (٢١٠/٤) .

(٣) الفروق (٢٠٨/٢)،وراجع تهذيب الفروق (٢٠٦/٢) .

(٤) الفروق (٢٠٦/٢ ـ ٢٠٧)،وراجع تهذيب الفروق (٢٠٤/٢) .

ومن ذلك قول ابن قدامة[(١)] : " واذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شئ عليه لأن المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها " .

وجاء في تنوير الأبصار وشرحه[(٢)] : " يُفتى بالضمان في غصب عقار الوقف وغصب منافعه أو اتلافها كما لو سكن بلا اذن" .

وجاء في المغني[(٣)] : " أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها " .

(٧) التصدق بالمغشوش عقوبة للغاش يعتبر في حق الغاش اتلافا وهو من قبيل الاتلاف الحكمي وفي ذلك يقول شيخ الاسلام ابن تيمية[(٤)] : " ان الطعام المغشوش من الخبز والطبيخ والشِّواء كالخبز والطعام الذى لم ينضج وكالطعام المغشوش وهو الذى خلط بالردئ وأُظهِرَ للمشترى أنه جيّد ونحو ذلك يُتَصَدَّق به على الفقراء فان ذلك من اتلافه " .

(٨) عتق العبد يعتبر بالنّظر الى ضياع ماليته على صاحبه تلفا واعتاقه اتلافاً لها من ذلك قول ابن قدامة[(٥)] : " والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لأنه حال الاتلاف" .

أسباب التلف :

ذكر الفقهاء أن التلف يقع بأحد أمرين :

(أحدهما) لاصنع للآدمي فيه ولا اختيار وهو مايطلق عليه الفقهاء الآفة السَّمَاوِيّة أو السَّبَب السّماوي أو الجائحة من بَرَدٍ وبَرْدٍ وثلج ورياح وأمطار ودُودٍ وجراد ومثل ذلك موت الحيوان من غير مباشرة آدمي أو تسببه ونحو ذلك .

---

(١) المغني (١٦٥/٥) .
(٢) الدر المختار مع رد المحتار (٤٠٨/٤) .
(٣) (١٨٣/٥) .
(٤) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨ - ١١٥) .
(٥) المغني (٢٧١/٤) .

(الثانى) بفعل الآدمى وهذا يكون على قسمين :

(أ) الاتلاف مباشرة : وهو الاتلاف الذى لايتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر[1] بحيث يوصل آلة التلف بنفسه فى المحل[2] ومن ذلك ماذكره القرافى[3] بقوله : " التفويت مباشرة كاحراق الثوب وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك " .

وابن رجب[4] حيث قال : " أن يباشر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق" .

وجاء فى درر الأحكام[5] : "لو ضرب أحد فرس آخر فمات فيكون قد أتلفه مباشرة كذا لو أحرق حداد دار آخر فيكون ذلك الشخص قد أتلف الدار المذكورة مباشرة" .

(ب) الاتلاف تسببا : وهو أن يُحْدِثَ أمرا فى شىء يفضي الى تلف شىء آخر عادة[6] . وفى ذلك يقول القرافى[7] : "حدّ السبب مايقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط والتسبب مايحصل الهلاك عنده بعلة أخرى اذا كان السبب هو المفضى لوقوع الفعل بتلك العِلّة" .

ومن ذلك ماذكره بقوله : " التسبب للاتلاف كحفر بئر فى موضع لم يُؤْذَن فيه ووضع السموم فى الأطعمة ووقودُ النّار يقرب الزرع أو الأَنْدَر ونحو ذلك مما شأنه فى العادة أن يفضى غالبا للاتلاف"[8] .

وماجاء فى درر الأحكام[9] : " فعليه لو حفر أحد فى الطريق العام

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٧) مع درر الأحكام (٤٥٢/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩) .

(٣) الفروق (٢٧/٤) .

(٤) القواعد فى الفقه الاسلامى (ص ٢٠٤).

(٥) (٤٥٢/٢) .

(٦) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٨) مع درر الأحكام (٤٥٢/٢)،بدائع الصنائع (٤٤٥٤/٩)،وراجع المنثور فى القواعد (١٩٠/٢) .

(٧) الفروق (٢٧/٤) .

(٨) المرجع نفسه .

(٩) شرح مجلة الأحكام (٤٥٢/٢ - ٤٥٣) .

بئرا بلا اذن ولى الأمر فسقطت به دابة وتلفت فيكون ذلك الشخص قد أتلف الدابة المذكورة تسببا" .

وماجاء فى القواعد(١) : "أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الاتلاف بأن يحفر بئرا فى غير ملكه عدوانا أو يؤجج نارا فى يوم ريح عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبسا بشئ وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار فى انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا حل وكاء زق مائع فاندفع أو فتح قفصا عن طائر فطار ... لأنه تسبب الى الاتلاف بما يقتضيه عادة" .

ومن ذلك يتضح لنا أن لفظ التلف أعم من الاتلاف مطلقا فان الاتلاف قسم من أقسام التلف وهو ماكان بفعل الآدمى سواء كان بالمباشرة أو التسبب والقسم الثانى ماليس للآدمى فيه صنع ولا اختيار وهو الآفة السماوية والجائحة . ولما كان لفظ التلف أعم اخترت الاقتصار عليه فى عنوان البحث ،وان كان بعض الفقهاء يطلق التلف على مالادخل للآدمى فيه ولا اختيار ويطلق الاتلاف على ماحصل بفعل الآدمى ،والله أعلم .

---

(١) لابن رجب (ص ٢٠٤) .

المبحث الثانى

تعريــــف المـــال

المال لغــة :

قال ابن منظور : " المال معروف ماملكته من جميع الأشياء"[1] .

وقال ابن الأثير : " المال فى الأصل مايملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل مايقتنى ويملك من الأعيان وأكثر مايطلق المال عند العرب على الابل لأنها كانت أكثر أموالهم"[2] .

وقال ابن عبدالبر : " ان بعض العرب وهى دوس لاتسمى العين مالا وانما الأموال عندهم الثياب والمتاع والعروض ،وعند غيرهم المال الصامت من الذهب والورق ،وذكر ابن الأنبارى عن أحمد بن يحيى النحوى قال : "ماقصر عن بلوغ مايجب فيه الزكاة من الذهب والورق والماشية فليس بمال"[3].

وقال ابن حجر : " وقد نقل ثعلب عن ابن الأعرابى عن المفضل الضبي قال : المال عند العرب الصامت والناطق فالصامت الذهب والفضة والجوهر والناطق البعير والبقرة والشاة فاذا قلت عن حضرى كثر ماله فالمراد الصامت ،واذا قلت عن بدوي فالمراد الناطق "[4] .

وقد استظهر ابن حجر رحمه الله أن المال يطلق على كل ماله قيمة وتخصيصه بشىء معين انما يجرى مجرى الغالب فقال : " وقد أطلق أبوقتادة على البستان مالا فقال فى قصة السلب الذى تنازع فيه هو والقرشى فى غزوة حنين فابتعت به مخرفاً فانه لأول مال تأثلته[5] . فالذى يظهر أن المال ماله قيمة لكن قد يغلب على قوم تخصيصه بشىء كما حكاه المفضل "[6] .

---

(١) لسان العرب (٦٣٥/١١) وراجع القاموس المحيط ترتيب الطاهر الزاوى (٢٩٨/٤) .

(٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر (٣٧٣/٤) .

(٣) التمهيد (٢/٤ ـ ٥) .

(٤) فتح البارئ (٧١/١٦) .

(٥) تأثل المال اكتسبه وأصله انظر ترتيب القاموس المحيط (١١٤/١) .

(٦) فتح البارئ (٧١/١٦) .

غير أن الامام أبا عمر بن عبد البر لم يَرْتَضِ تخصيص المال بشئ معين لأنه خلاف المشهور من كلام العرب فقال : " المعروف من كلام العرب أن كل ماتمول وتملك فهو مال . ألاترى الى قول أبى قتادة السُّلَمِي : فابتعت يعنى بسلب القتيل الذى قتلته يوم حنين ،مِخْرَفاً فى بنى سلمة فانه لأول مال تَأَثَّلْتُه فى الاسلام .

وقال الله عز وجل : " خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا "(١) وأجمعوا أن العين مما تؤخذ منه الصدقة ... وقال صلى الله عليه وسلم : " يقول ابن آدم مالي مالي وانما له من ماله ماأكل فأفنى أوتصدق فأمضى أو لبس فأبلى "(٢) . وهذا أبين من أن يحتاج به الى استشهاد فمن حلف بصدقة ماله فذلك على كل نوع من ماله سواء كان مما تجب فيه الزكاة أو لم يكن ،الا أن ينوى شيئا بعينه فيكون على مانوى ولامعنى لقول من قال ان ذلك على أموال الزكوات لأن العلم محيط واللسان شاهد فى أن ماتُمُلِّك وتُمُوِّل يسمى مالا"(٣) .

وممن قال بقول ابن عبد البر أيضا القاضى عياض فقد حكى معنى المال عند قبيلة دوس وخلافة عند غيرهم وقول ابن الأنبارى فيه ثم اتبع ذلك بالقول الذى ارتضاه وهو أن كل ماتُمُوِّل فهو مال فى اللغة وقال : " وهو مشهور كلام العرب "(٤) .

المال فى اصطلاح الفقهاء :

اذا أطلق لفظ المال بين الفقهاء فانه يقصد به ماتترتب عليه الأحكام الشرعية غير أن الفقهاء رحمهم الله قد اختلفوا فى العناصر التى يجب توفرها فى الشئ حتى يصح أن يطلق عليه مال ،بيان ذلك :

---

(١) التوبة : ١٠٣ .
(٢) رواه الامام مسلم بغير هذا اللفظ (٢٢٧٣/٤) كتاب الزهد والرقائق باب (المقدمة) . ورواه الترمذى (٥٧٢/٤) كتاب الزهد باب (٣١) .
(٣) التمهيد (٥/٢ - ٦) .
(٤) مشارق الأنوار (٣٩٠/١) .

أولا : عند الحنفيـــــة ٠

عَرَّفَ الحنفيةُ المال بتعريفات عديدة أهمها :

(١) اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ٠ (١)

(٢) مايميل اليه الطبع ويُدَّخر لوقت الحاجة ٠ (٢)

(٣) مايصان ويُدَّخر لوقت الضرورة والحاجة ٠ (٣)

(٤) مامن شأنه أن يُدَّخر للانتفاع به وقت الحاجة ٠ (٤)

(٥) ماخلق لمصالح الآدمى ويجرى فيه الشح والضِّنة ٠ (٥)

(٦) موجود يميل اليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع ٠ (٦)

ويمكن من مجموع هذه التعريفات المتنوعة للمال عند الحنفية أن نستخلص عناصر المالية التى اذا اجتمعت فى شئ عُدَّ مالا عندهم واذا تخلف واحد منها لم يعتبر مالا وهى :

(١) أن يكون منتفعا به فى حال السَّعَة والاختيار دون حال الضرورة ٠

وقد عبر عنه بعضهم بقوله : " مامن شأنه أن يدخر للانتفاع به" وبعضهم بقوله : " ماخلق لمصالح الآدمى " وعبر عنه البعض الآخر ببعض لوازم المنفعة وهو ميل الطبع ٠

وقد أورد الأستاذ مصطفى الزرقا على الأخير الاعتراضات التالية : (٧)

---

(١) البحر الرائق نقلا عن الحاوى القدسى للقابسى (٢٧٧/٥) ٠

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق (٢٧٧/٥)،رد المحتار (٥١/٥)،(٥٠١/٤) مجلة الأحكام العدلية (١٠٠/١) مادة (١٢٦) ٠

(٣) تيسير التحرير (٢٠٦/١)، المبسوط (٧٩/١١)،كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١) ٠

(٤) شرح التلويح على التوضيح (١٧١/١) ٠

(٥) منحة الخالق على البحر الرائق (٢٧٧/٥) ٠

(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢)،وراجع الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٥٠/٥) ٠

(٧) المدخل الفقهى العام (١١٤/٣ ــ ١١٥) ٠

(أ) أن طباع الناس تختلف فى ميلها فلا تصلح أن تكون أساسا ومقياسا لتمييز المال من غير المال واذا قيل أن المراد وهو الطبع السليم العام فان هذا ليس له حد أيضا .

(ب) أن من الأموال مالايميل اليه الطبع بل يعافه ويكرهه كالأدوية الكريهة وهى أموال ثمينة يتمولها الناس ويجرى فيها البذل والمنع .

(جـ) أن الثمار المأكولة فى بدء انعقادها على الشجر قبل نضجها وصلاحها لايميل الطبع اليها وهي فى هذا الطور . مع أنها أموال يُتَغَالى فى قيمتها فى هذه الحالة باعتبار المآل .

وهذه الاعتراضات فى نظرى غير واردة حيث أن معرفة مايميل اليه طبع الانسان ويعتبر مالا من غيره مرتبطة بوجود المنافع فيه فما فيه منفعة للانسان يميل طبعه اليه ومالامنفعة له فيه لايميل اليه طبعه وهذه المعرفة انما تكون عند تحقق علامة ظاهرة وهى تَمَوُّل كافة الناس له أو بعضهم ،قال ابن عابدين (١) : " والمالية تثبت بتَمَوُّل الناس كافة أو بعضهم" .

ولهذا لم يذكر بعض الفقهاء ميل الطبع فى التعريف وذكروا سببه وهو الانتفاع فقالوا : " مامن شأنه أن يدخر للانتفاع به" وقالوا : "ماخلق لمصالح الآدمى" .

والحاصل أن كل ماليس فيه منفعة مقصودة للآدمى كالذباب والبعوض والحشرات المؤذية مثلا فليس بمال .

(٢) أن يكون شيئا موجودا زمانين فأكثر وهو ماعبَّر عنه مُنْلا خُسْرو بقوله : "موجود يميل اليه الطبع" وعبر عنه جُلّ فقهاء الحنفية بأنه ماكان قابلا للادخار لوقت الحاجة . ويريدون بذلك اخراج المنفعة (٢) .

---

(١) رد المحتار (٥٠١/٤) .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى(١٧٢/١)، المبسوط (٧٩/١١)،تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) .

والتعبير بموجود فى نظرى أولى لأنه يخرج المنافع فحسب . بينما قولهم : " ماكان قابلا للادخار" يخرج المنافع عن المالية كما يخرج الفواكه والخضار الطازجة ونحوهما مما يتسارع اليه الفساد حيث لاتقبل الادخار بحالتها من غير صَنْعَة مع أنها أموال محترمة فى مذهبهم .

(٣) أن يكون له قيمة مادية بين الناس .

وهو ماعبروا عنه بقولهم : " يجرى فيه البذل والمنع" وقولهم : "ويجرى فيه الشح والضنه".

فمالايجرى فيه البذل والمنع لحقارته أو قِلَّته فليس بمال عندهم جاء فى درر الحكام : "أن مالايتموله الناس كحَبَّةِ الحنطة ليست بمال حتى لايصح بيعها وان أبيح الانتفاع بها لعدم تمول الناس اياها" (١) .

ومن ذلك جميع المباحات قبل احرازها كالماء والكلأ ،والسمك فى الماء والطير فى الهواء فهذه قبل الاحراز لاتُقَابَل بقيمة لأن التَّقَوّم عندهم لايسبق الاحراز، (٢) فاذا أحرزت أصبحت متقومة فيجرى فيها البذل والمنع أما قبل احرازها فلايجرى فيها بذل ولامنع لأن البذل والمنع انما يكون فى المملوك وهذه لم تملك بَعْدُ بل هى مباحة لكل انسان .

(٤) أن يكون غير آدمى أما الآدمى فلايعتبر مالا عندهم وهذا العنصر مستفاد من تعريف القابسى الأول وهو مانقله عنه ابن نجيم .

وقد انتقد ابن عابدين خاتمة محققي الحنفية تعريف القابسي ولم يرتضه لأن العبد وهو آدمى مال عندهم (٣) .

وأما قول من قال : ان العبد وان كان فيه معنى المالية فهو ليس بمال حقيقة حتى انه لايجوز قتله واهلاكه (٤) . فقد قال ابن عابدين (٥) : "قلت وفيه نظر : لأن المال المنتفع به فى التصرف على وجه الاختيار

---

(١) شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢) .
(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١)، المبسوط (٧٩/١١)، التلويح على التوضيح (١٧١/١) .
(٣) راجع فى ذلك العناية على الهداية (٤/٥)،بدائع الصنائع (٢٣٨٤/٥) ومابعدها .
(٤) البحر الرائق (٢٧٧/٥).
(٥) رد المحتار (٥٠٢/٤) .

والقتل والاهلاك ليس بانتفاع ولأن الإنتفاع بالمال يعتبر فى كل شئ بما يصلح له ولايجوز اهلاك شئ من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب " .

ثانيا : عند المالكية .

عرف الدردير المال بقوله : "هو كل مايملك شرعا ولو قل " [١] .

وقال الشاطبى : " هو مايقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره اذا أخذه من وجهه " [٢] .

وذكر القرافى رحمه الله مايقبل الملك من الأعيان ومالايقبله فقال: "اعلم أن الأعيان منها مالايقبل الملك؛اما لعدم اشتماله على منفعة كالخشاش،أو منفعة محرمة كالخمر والمطربات المحرمة،أو منفعة تعلق بها حق آدمى كالحر،فانه لايقبل الملك لغيره،لأنه أحق بنفسه من غيره، أو تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد والبيت الحرام . وقد تقدم أن الملك اذن شرعى خاص . والاذن فى غير منتفع به عبث ،وفى المحرم متناقض ،وفيما هو حق للغير مبطل لذلك الحق،فيمتنع الملك فى هذه الأقسام .

ومنها مافيه منفعة فيقبل الملك لأجل منفعته وهو قسمان : مايمتنع بيعه اما صونا لمكارم الأخلاق عن الفساد ككلب الصيد واجارة الأرض ، اذا قلنا بأنها لاتؤجر مطلقا لأن ذلك كان قديما من الأمور المنافية لمكارم الأخلاق ... الى أن قال : " واما لتعلق حق الغير كأم الولد لتعلق حقها بالعتق والحر لتعلق حقه بنفسه والوقف لتعلق حق الموقوف عليه به وأما ماسلم من هذه الموانع فهو القابل للملك والتصرف بأسباب الملك على اختلافها ونظائره كثيرة معروفة كالبُرّ والأنعام وغَيْرِهما" [٣] .

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك (٧٤٢/٤) .

(٢) الموافقات (١٠/٢) .

(٣) الفروق (٢٣٦/٣ - ٢٣٨) وراجع ادراد الشروق على أنواء الفروق (٢٣٦/٣) ،تهذيب الفروق والقواعد السنية (٢٣٧/٣ - ٢٣٨) .

ويقول ابن العربى[1] : "وأما متعلق المسروق فهو كل مال تمتد اليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به ،فان منع منه الشرع لم ينفع تعلق الطّماعية فيه ولايتصور الانتفاع منه كالخمر والخنزير مثلا " .

وقال : " ومنه كل مال يسرع اليه الفساد من الأطعمة والفواكه لأنه يباع ويبتاع وتمتد اليه الأطماع وتُبْذَلُ فيه نَفَائِسُ الأموال "[2] .

فمن مجموع هذه النصوص لفقهاء المالكية يمكن أن نستنبط عناصر المالية عندهم وهى :

(١) أن يكون مما يباح الانتفاع به شرعا .

فما لايباح الانتفاع به شرعا فهو غير محترم وغير المحترم لايجوز تملكه ولابيعه . ومالايجوز تملكه ولابيعه لايَتَمَوّلُه الناس[3] فلا يكون مالا .

ومرادهم باباحة الانتفاع به شرعا ، الحِلّ فى حال الاختيار[4] ،فأما ماأبيح الانتفاع به فى حال الضرورة فلايعتبر مالا لأن الضرورة تُقَدَّرُ بقدرها وضرورة الانتفاع به لاتستلزم وجوب اعتباره مالا .

(٢) أن يكون له قيمة مادية بين الناس وهو ماعبر عنه ابن العربى بقوله : " ماتمتد اليه الأطماع" .

فما ليس له قيمة مادية لحقارته كحبة القمح ونقطة الزيت وَكِسْرَةِ الخبز مثلا فليس بمال عندهم .

(٣) أن يكون فيه منفعة مقصودة فما لانفع فيه كالخشاش مثلا فلايعتبر مالا ولايصح أن تَرِدْ عليه عقود المبادلات المالية وهو ماعَبّر عنه ابن العربى بقوله : " ويصلح عادة للانتفاع به" .

هذه هى العناصر المكونة للمالية التى اذا اجتمعت فى شىء من الأشياء عدمالا فى نظر المالكية واذا فات أحدها لم يعتبر مالا عندهم .

---

(١) أحكام القرآن (٦٠٧/٢) .
(٢) المرجع نفسه (٦٠٨/٢) .
(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣٣٦/٤) .
(٤) الشرح الكبير (١٠/٣) .

ثالثا : عند الشافعية .

عرف الشافعية المال بأنه : " مايكون فيه فى حد ذاته منفعة مقصودة يعتد بها شرعا بحيث تقابل بمُتَمَوَّلٍ عرفا فى حال الاختيار" (١) .

ونقل السيوطى رحمه الله عن الامام الشافعى قوله : " لايقع اسم المال الا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قَلَّتْ ومالايطرحه الناس مثل الفِلْسِ وما أشبه ذلك " (٢) .

ويقول الزركشى : " المال ماكان منتفعا به ، أى مستعدا لأن ينتفع به " (٣) .

ثم قسم الزركشى مافيه منفعة من الأشياء الى قسمين جماد وحيوان وقال : " فالجماد مال فى كل أحواله ..." الى أن قال : " والسِرُّ فيه أن استعمال الجمادات ممكن على سبيل القهر اذ ليس لها قدرة وارادة يتصور منها الامتناع" (٤) .

واطلاقه القول بأن كل الجمادات أموال بهذه الحجة لايُسَلَّم اذ لابد من التقييد لأن بعض الجمادات وان كان فيه منفعة الا أن تلك المنفعة قد تكون محرمة . أو أن الناس لايعتادون تموله فلا يقابل بمال ولايطلق عليه أنه مال لأن اباحة النفع وتَمَوُّل الناس له شرط عندهم لاعتبار الشىء مالا .

ثم ذكر أيضا أن الحيوان ينقسم الى قسمين فقال : " أحدهما : ماليس له بنية صالحة للانتفاع فلا يكون مالا كالذباب والبعوض والخنافس والحشرات ونحوها .

الثانى : ماله بِنْيَة صالحة وهذا ينقسم الى : ماجبلت طبيعته على

---

(١) حاشية ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين لعلوى السقاف على فتح المعين شرح قرة العين بمهمات الدين للمليبارى الشافعى (ص ٢١٨) .

(٢) الأشباه والنظائر (ص ٣٢٧) .

(٣) المنثور فى القواعد (٢٢٢/٣) .

(٤) المرجع نفسه .

الشر والايذاء كالأسد والذئب فليس بمال . والى ماجبلت طبيعته على الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشي فانه يكون مالا .

وحجته فى ذلك : أن الحيوان مختار فى الفعل فلا يتصور استعمالها الابمساعدة منها فاذا كانت مجبولة على طبيعة الاستسلام أمكن استعمالها واستسخارها فى المقاصد بخلاف ماطبيعته الشر والايذاء فانها تمتنع وتستعصى وتنتهى الى ضد غرض المستعمل ولهذا اذا صالت تلك الحيوانات التحقت بالمؤذيات طبعا فى الاهدار" (١) .

ويمكن أن يرد على اطلاقه هذا الاعتراضان التّاليان :

(أ) أن من الحيوانات مالايكون من طبعه الشر والايذاء ولكنه نجس العين كالخنزير وهو لايعتبر مالا عندهم بينما تعريفه للمال وبيانه له لايمنع من اعتباره مالا .

(ب) أن ماكان من طبعه الشر والايذاء اذا تغير طبعه بتدريب ونحوه الحق بما ليس من طبعه الشر والايذاء فأصبح مالا قياسا عكسيا على قوله : " ولهذا اذا صالت تلك الحيوانات - يعنى غير المؤذية التحقت بالمؤذيات طبعا فى الاهدار" مع أن سباع البهائم ليست أموالا عندهم .

ومن مجموع ماتقدم نستطيع أن نستخلص عناصر المالية عند الشافعية وهى :

(١) أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعا فى غير ماضرورة أو حاجة .

فما لامنفعة فيه اما لِقِلّتِه كالحبة من الحنطة أو لِخِسّتِه كالخنافس والحشرات فليس بمال (٢) ، وفى ذلك يقول الامام الشافعى رحمه الله :" وكل مالامنفعة فيه من وحش مثل الحدأة والرَّخْمة والبغاثة ومالايصيد من الطير الذى لايؤكل لحمه ومثل اللحكاء والقطا والخنافس وما أشبه هذا فأرى

---

(١) المنثور فى القواعد (٢٢٢/٣) .

(٢) الوجيز (١٣٣/١ - ١٣٤)، نهاية المحتاج (٣٩٥/٣ - ٣٩٦)، مغنى المحتاج (١١/٢ - ١٢)، روضة الطالبين (٣٥٠/٣)، المجموع شرح المهذب (٢٢٦/٩ - ٢٢٧) .

والله تعالى أعلم أنه لايجوز شراؤه ولابيعه بدين ولاغيره ولايكون على أحد لو حبسه رجل عنده فقتله رجل له قيمة وكذلك الفأر والجرذان والوزغان لأنه لامعنى للمنفعة فيه حيا ولامذبوحا ولاميتا فاذا اشترى هذا أشبه أن يكون أكل المال بالباطل وقد نهى الله عز وجل عن أكل المال بالباطل لأنه انما أجيز للمسلمين بيع ما انتفعوا به مأكولا أو مستمتعا به في حياته لمنفعة تقع موقعا ولامنفعة فى هذا تقع موقعا" (١) .

وكذلك اذا كان فيه منفعة الا أنهامحرمة شرعا فانه لايكون مالا كالخمر والخنزير وآلات اللهو والأعيان النجسة .وكذلك مايحل الانتفاع به فى حال الضرورة كالأكل من الميتة والدم أو كان مما يباح اقتناؤه للحاجة اليه كالكلب للصيد والحراسةونحو ذلك فليس بمال لأن حل الانتفاع به مقيد بالحاجة أو الضرورة فقط فيقدر بقدرها (٢) .

(٢) أن يكون لهقيمة مادية بين الناس وأمارة ذلك أن يكون متمولا فما لايتموله الناس عادة فليس بمال .

وقد ذكروا للتمول ضابطين :

(أحدهما) : أن كل مايقدر له أثر فى النفع فهو متمول . وكل مالايظهر له أثر فى الانتفاع فهو لِقِلَّتِه خارج عما يتمول .

(الثانى) : أن المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار والخارج عن المتمول هو الذى لايعرض فيه ذلك (٣) .

بيان ذلك : أن السلعة اذا كانت عند رخص الأسعار كاسِدَةً لايعرض لها قيمة بينما عند غلاء الأسعار يعرض لها قيمة فهى متمولة ،ولايضر عدم وجود القيمةلها عند الرخص مادامت تبذل فى حال الغلاء .

تلك هى العناصر المكونة للمال فى نظر الفقه الشافعى فاذا اجتمعت فى شئ ما اعتبر مالاواذا لم يتحقق فيه أحدها فَقَدَ صفة المالية .

---

(١) الأم (١٠/٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٩٦،٣٩٢/٣)، الوجيز (١٣٣/١ - ١٣٤)،حاشية ترشيح المستفيدين (ص ٢١٨) .

(٣) الأشباه والنظائر (ص ٣٢٧) .

رابعا : عند الحنابلة .

عرف الحنابلة المال بتعريفات عديدة أهمها :

(١) مافيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة .(١)

(٢) مايباح نفعه مطلقا فى كل الأحوال أو يباح اقتناؤه بلا حاجة.(٢)

(٣) مافيه منفعة مباحة لغير ضرورة .(٣)

فالعناصر التى يتكون منها المال عند الحنابلة هى :

(أ) أن يكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعا فى غير ماحاجة أو ضرورة .

فما لانفع فيه كالحشرات ونحوها فليس بمال عندهم . وكذلك ماكان فيه منفعة الا أنها منفعة محرمة كالخمر فليس بمال أيضا . وكذلك ما أبيح الانتفاع به فى حال الضرورة كالمضطر لأكل الميتة أو شرب الخمر لدفع لقمة غَصَّ بها فهذه الاباحة لاتجعل منه مالا ولايصح مبادلته بالمال لأن الأصل الحرمة والاباحة عارضة .

وكذلك ما أبيح اقتناؤه للحاجة كاقتناء كلب الصيد فلايعتبر من الأموال لأن حل الانتفاع به مقيد بالحاجة .(٤)

(ب) أن يكون له قيمة مادية بين الناس فما لايتموله الناس عادة لحقارته أو قِلّتِه فليس بمال .

ويستفاد هذا العنصر من قولهم : مافيه منفعة ،فان مالانفع فيه لايتموله الناس عادة حيث أن القصد من التمول الانتفاع .

ويمكن أن يستفاد هذا أيضا من كلام الحنابلة على المال المسروق فانهم قد نَصُّوا على أنه لاقطع فى سرقة مالايتمول عادة كالتراب المعد للتطيين والبناء لأنه تقل فيه الرغبات وكذلك السِّرْجِين الطاهر ونحو ذلك مما لايصدق عليه اسم المال .(٥)

---

(١) كشاف القناع (١٤١/٣) .

(٢) شرح منتهى الارادات (١٤٢/٢) .

(٣) المقنع (٥/٢) .

(٤) المغنى (١٠٩/٩) ،شرح منتهى الارادات (٣٦٤/٣) ،كشاف القناع (١٣٠/٦) .

(٥) المراجع السابقة .

فى تحرير محل النزاع والآثار المترتبة على ذلك :

بعد أن استعرضنا تعاريف الفقهاء للمال نلاحظ أن جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة قد اتفقوا على عناصر المالية وان اختلفوا فى التعبير عنها فكلهم اشترط فى المال أن تكون فيه منفعة مقصودة مباحة شرعا فى غير ضرورة أو حاجة.

واشترطوا أيضا أن يكون مما يتموله الناس عادة بحيث يجرى فيه البذل والمنع .

فهذه العناصر متى توفرت كاملة فى الشئ صح أن يطلق عليه اسم المال عند جمهور الفقهاء .

أما الحنفية فانهم لم يجعلوا من عناصر المالية اباحة الانتفاع به شرعا وهو عنصر اشترط الجمهور وجوده لتحقق المالية ولم يشترطه الحنفية فأداهم ذلك الى تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم كما سنعرض ذلك بشئ من التفصيل ان شاء الله تعالى .

وانفرد الحنفية أيضا باشتراط امكان الادخار لوقت الحاجة دون جمهور الفقهاء فأداهم ذلك الى القول بخروج المنافع عن مفهوم المال .

وفيما يلى نعرض وجهة نظر الفريقين وأدلتهم فى هاتين المسألتين :

المسألة الأولى : فى مالية المنافع .

يرى الحنفية أن المنافع ليست أموالا متقومة[(١)] من غير عقد معاوضة ولاشبهة عقد[(٢)] فاذا ورد العقد عليها أصبحت أموالا متقومة بورود ذلك العقد عليها .

---

(١) المبسوط (٧٩/١١)، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥)، كشف الأسرار عن أصول البزدوى (١٧٢/١)، الهداية (٣٥٧/٩)، التلويح على التوضيح (١٧١/١)، تأسيس النظر (ص ٨٦)، فتح الغفار بشرح المنار (٥٢/١) .

(٢) المبسوط (٧٨/١١)، الهداية (٣٥٧/٩) .

وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤) فقالوا بمالية المنافع .

الأدلة والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة الحنفية .

استدل الحنفية على قولهم بأن المنافع ليست أموالا متقومة بما يأتى :

(١) أن صفة المالية للشئ انما تثبت بالتمول ،والتمول يعنى صيانة الشئ وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لاتبقى وقتين لكونها أعراضا فكلما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلايتصور فيها التمول (٥) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه يتصور فيها التمول اذ كيف لايتصور وضابط التمول وأساس اعتبار الشئ متمولا عند الناس هو المنفعة فما لانفع فيه لايتموله الناس عادة ولاتتبعه نفوسهم ولايخفى أن تمول كل شئ بحسبه فتمول الأعيان غير تمول المنافع وليس هناك دليل على اشتراط الاحراز أو الحيازة الحسية لثبوت المالية فى الشئ .

أما ماذكروه من ضابط للتمول بقولهم : " والتمول يعنى صيانة الشئ وادخاره لوقت الحاجة" فهذا لو قبلنا به ضابطا للتمول لأخرج كثيرا من الأموال ـ غير المنافع ـ التى يعتبرها الناس أموالا ويتغالون بقيمتها كما سبق بيان ذلك عند عرض تعريف الحنفية للمال .

---

(١) حاشية الدسوقى (٤٤٢/٣) ،منح الجليل (٥٠٤/٣) ، الخرشى على مختصر خليل (١٢٩/٦) ، المنتقى (٢٧٣/٥) ،شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٣٨٠/١) .

(٢) روضة الطالبين (١٢/٥ ـ ١٣) ، المنثور فى القواعد (١٩٧/٣، ٢٢٢) ،قواعد الأحكام فى مصالح الأنام (١٨٣/١) ،تخريج الفروع على الأصول للزنجانى (ص ٢٢٥) ،مغنى المحتاج (٢/٢) .

(٣) المغنى (٢١٧/٥ ـ ٢١٨) ، الانصاف (٢٠١/٦) ،كشاف القناع (١٢٢/٤) .

(٤) المحلى (٥٦٥/٨) .

(٥) المبسوط (٧٩/١١) ،كشف الأسرار (١٧٢/١) .

(٢) أنه لايصح اعتبار المنفعة كالعين لأن العين تبقى والمنفعة لاتبقى ولأن المنفعة تقوم بالعين لكونها عرضا والعين تقوم بنفسها (١) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه ليس هناك مانع شرعى من اعتبار المنفعة مالا وان لم تكن كالعين اذ ماهو الدليل على أن المنفعة اذا لم تكن كالعين من حيث قابلية البقاء زمانين فلا تكون مالا ؟

وقولهم ان العين تبقى ليس على اطلاقه فان من الأعيان ماهو استعمالي فهذا يبقى وان استعمل كالدار مثلا ومنها ماهو استهلاكى فلايبقى كالبرّ مثلا ويمكن اعتبار المنفعة من هذا القبيل .

وقولهم ان العين تقوم بنفسها صحيح الا أنها من غير منفعة ليس لها أية قيمة مادية بين الناس ولايطمعون فيها فهى محتاجة للمنفعة لتعتبر مالا فى عرف الناس .

(٣) أن اعتبار الشئ له قيمة مادية بين الناس لايسبق وجوده فان المعدوم لاقيمة له اذ المعدوم ليس بشئ . وكذلك فان التقوم - بمعنى كون الشئ له قيمة مادية بين الناس - بعد الوجود لايسبق الاحراز ،والاحراز بعد الوجود لايتحقق فيما لايبقى وقتين كالمنافع (٢) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن العين اذا كانت مهيأة لأن ينتفع بها فان منفعتها تكون موجودة حكما أعنى وان لم تكن حسية كالعين الا أن كل عاقل يتصور وجود المنفعة بتلك العين القائمة المعدة للانتفاع وكأنها شئ محسوس بدليل أن المنافع تختلف صغرا وكبرا باختلاف الأعيان القائمة بها فمنفعة الدار التى تحتوى على غرفتين أكبر من منفعة الدار التى تحتوى على غرفة وهكذا .

وأما احرازها فيكون باحراز أصلها فمن أحرز الدار أو السيارة مثلا فقد أحرز منفعتها وملكها .

---

(١) كشف الأسرار (١٧٢/١) .

(٢) المبسوط (٧٩/١١) ،كشف الأسرار (١٧٢/١) .

ثانيا : أدلة الجمهور .

استدل جمهور الفقهاء على ماذهبوا اليه من أن المنافع تعتبر أموالا بما يأتى :

(١) أن الشرع قد حكم بكون المنفعة مالا عندما جعلها مقابلة بالمال فى عقد الاجارة .

كما أنه أباح جعلها مهرا فى عقد النكاح فقد قال تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام : " قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ . قَالَ ذَٰلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَٰنَ عَلَيَّ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ " (١) .

قالوا : والمهر يجب أن يكون مالا لقوله تعالى بعد تعداد المحرمات من النساء : " وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ" (٢) . فدل ذلك على اعتبار المنفعة مالا ولو لم تكن مالا فى نظر الشارع لما أجاز مبادلتها بالمال .

فان قيل ماورد فى الآية الكريمة حكاية عن شعيب انما هو فى شرع من قبلنا ولاتتضمن حكما تكليفيا للمسلمين .

فالجواب : أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يخالف شرعنا والحنفية لايخالفون فى ذلك (٣) .

(٢) أن أثمان الأعيان انما تقاس بين الناس بمنافعها لأن المنافع هى المقصودة من الأعيان فكل شئ لامنفعة فيه لايكون مالا فكيف يسقط حكم المالية عن المنافع .

(٣) أن العقد لايجعل ماليس بمال مالا ولاماليس بمتقوم متقوما كورود العقد

---

(١) القصص : ٢٧ - ٢٨

(٢) النساء : ٢٤

(٣) راجع فى ذلك شرح المنار فى الأصول لعبداللطيف الشهير بابن ملك (ص ٧٣٢) .

على الميتة والخمر[1] .

وبعد عرض أدلة الفقهاء يبدو لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من اعتبار المنافع أموالا وذلك لقوة ما استدلوا به وعدم نهوض أدلة الحنفية على معارضتها ولأن عدم اعتبارها أموالاً فيه تضييع لحقوق الناس واغراء للظلمة على الاعتداء على منافع الأعيان التى يملكها غيرهم[2] ، وهذا خلاف العدل والانصاف الذى جاءت الشريعة الاسلامية به كما يقول العز بن عبدالسلام[3] : " فمن غصب قرية أو دارا قيمتها فى كل سنة ألف درهم وبقيت فى يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوى أضعاف قيمتها ولم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيدا من العدل والانصاف الذى لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه " .

---

(١) راجع فى الأدلة : تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٦) ،كشف الأسرار (١٧١/١ - ١٧٢) .

(٢) الملكية للعبادى القسم الأول (ص ١٨٤) .

(٣) قواعد الأحكام (١٨٣/٣) .

المسألة الثانية : فى المال المُتقوّم وغير المُتقوّم ٠

ذكرنا فيما سبق أن الحنفية لم يجعلوا من عناصر المالية اباحة الانتفاع به شرعا وأن ذلك أدى بهم الى تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم فصار هذا من مصطلحات الحنفية الخاصة بهم وان كان فقهاء المذاهب الأخرى يطلقون على المال فى بعض الأحيان أنه متقوم أو غير متقوم الا أنهم لايريدون بذلك مايقصده الأحناف منه ٠ فهم اذا أطلقوا ذلك فانما يريدون بالمتقوم الذى يقابله قيمة فى عرف الناس وغير المتقوم مالايقابله قيمة فى العرف أيضا ٠

ولانغفل أن الأحناف قد يستعملون المتقوم وغير المتقوم فيما يستعمله به غيرهم من الفقهاء الا أن هذا الاستعمال لايراد به المعنى الشرعى عندهم وانما المعنى العرفى ومن هنا قالوا ان ماليس بمحرز فليس بمتقوم بمعنى أنه لايقابل بقيمة بين الناس ٠

والذى يهمنا هنا هو المعنى الشرعى فهم يعنون بالمال المتقوم شرعا : المال الذى أباح الشارع الانتفاع به فى حال الاختيار ٠ (١)

فالخمر والخنزير ليس مالا متقوما عندهم بالنسبة للمسلم لأنه (٢) لايباح الانتفاع به شرعا فلذلك لايقابل بقيمة لأن الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لايكون معزوزا فلايكون متقوما ٠ (٣)

والعبرة فى اباحة الشارع حال الاختيار لاحال الاضطرار فاباحة الشارع للمسلم فى حال الضرورة الأكل من الخنزير بقدر مايدفع به الهلاك عن نفسه لايجعل الخنزير مالا متقوما فى حق المسلم لأن الاباحة مقيدة بحالة الضرورة والضرورة تقدر بقدرها فلايتوسع فيها ٠

---

(١) رد المحتار (٥٠/٤)، الدر المختار (٥٥/٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢)، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٦، ١٢٧) وشرحها (١٠٠/١ - ١٠١) ٠

(٢) شرح فتح القدير (٤٠٣/٦)، بدائع الصنائع (٢٤٧٣/٥)، (٤٤٦٠/٩)، تبيين الحقائق (٢٣٥/٥) ٠

(٣) العناية شرح الهداية (٤٠٥/٦ - ٤٠٦)، تبيين الحقائق (٢٣٥/٥) ٠

وبناء على أن المال المتقوم هو المال المباح شرعا ،فان الحنفية[1] قد ذهبوا الى أن الخمر والخنزير مال متقوم فى حق أهل الذمة ليس لكونها مباحة شرعا فى حقهم بل الحرمة ثابتة فى حقهم فى الصحيح عند الحنفية لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة وانما لكونهم لايعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا أن نتركهم ومايدينون ٠

ويترتب على القول بأن الخمر والخنزير مال فى حق أهل الذمة لزوم الضمان على متلفه سواء كان المتلف مسلما أو ذميا وهذا مذهب الحنفية ،وتابعهم فى وجوب الضمان على متلف خمر الذمى المالكية[2] ٠

وخالف فى ذلك الشافعية[3] والحنابلة[4] والظاهرية[5] فلم يعتبروا الخمر والخنزير فى عداد الأموال بالنسبة للمسلم أو الذمى على حد سواء ،وقد استدلوا على ذلك بما يأتى :

(١) أن تحريم الخمر ثبت فى حق المسلم وخطاب النهى يتوجه الى الذمى والمسلم فما ثبت فى حق المسلم ثبت فى حقه ٠

(٢) المرجع فى معرفة المال من غيره هو صفته لاصفة مالكه لأن صفات الشىء قد تختلف فيختلف حكمه فى كونه مالا ويختلف مالكوه فلايختلف حكمه فى كونه مالا كالحيوان مأكول اللحم هو مال بالنسبة للمسلم وللكافر على السواء ثم لو مات بغير تذكية خرج من أن يكون مالا للمسلم وللكافر ثم لو دبغ جلده صار مالا للمسلم والكافر ٠

---

(١) تبيين الحقائق (٢٣٥/٥)، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٣٥٨/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٤/٥)،شرح فتح القدير (٤٠٣/٦) ، بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩، ٤٤٦٠)،رد المحتار (٢٢٩/٥) ٠

(٢) المدونة رواية الامام سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك (٣٦٨/٥ - ٣٦٩)، الفواكه الدوانى (٣٨٠/٢)، الجامع لأحكام القرآن (١١٣/٨) ٠

(٣) الأم (١٣١/٤)، المجموع شرح المهذب (٣٣٥/١٣)،مغنى المحتاج (٢٥٣/٤)، (٢٨٥/٢) ٠

(٤) شرح منتهى الارادات (١٣٧/٢، ٤٠٠)، المغنى (٢٢٣/٥)، الروض الندى شرح كافى المبتدى (ص ٢٧٧) ٠

(٥) المحلى (٥٨٧/٨، ٣٠٠) ٠

واستدل الحنفية بما يأتى :

(١) أن أهل الذمة يعتقدون اباحة الخمور وقد أمرنا أن نتركهم ومايدينون . فالخمر فى حقهم كالخَلّ فى حقنا والخنزير فى حقهم كالشاةِ فى حقنا فى الحكم بالاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما فى حقهم يدل على ذلك :

(٢) قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نُعَشِّرُها فقال لاتفعلوا ولّوْهُم بيعها وخذوا العُشْرَ من أثمانها (١) .

قال ابن عابدين (٢) : "قوله وقد أمرنا أن نتركهم ومايدينون" كذا فى الهداية، قال دل عليه قول عمر ولّوْهُم بيعها وخذوا العشر من أثمانها . اهـ وأشار به الى أن اعراضنا عنهم ليس لكونها مباحة شرعا فى حقهم كما هو قول البعض بل الحرمة ثابتة فى حقهم فى الصحيح لأنهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لايمنعون من بيعها لأنهم لايعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم ومايدينون ".

(٣) مارُوِي فى الأثر : " فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم مالِلمسلمين وعليهم ماعليهم" .

قالوا : ولما كان من حق المسلم تضمين الغاصب لخَلِّه وشاته ونحو ذلك اذا هلك فى يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمى تضمين من غصب منه خمره أو خنزيره كذلك ليكون لهم مالِلمسلمين عملا بظاهر الأثر (٣) .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق فى المصنف (٢٣/٦)، (٣٦٩/١٠) فى أهل الكتاب باب أخذ الجزية من الخمر . وابن أبى شيبة فى المصنف (٢٢٨/٣) كتاب الزكاة باب فى الخمر تعشير أم لا . وأبو عبيد فى الأموال (ص ٥٢) .. قال الحافظ ابن حجر فى الدراية (١٦٢/٢) : " وفى اسناده ابراهيم بن عبدالأعلى" . وقال الامام أحمد اسناده جيد . راجع أحكام أهل الذمة لابن القيم (٦١/١)، المبدع (٤٢٨/٣)، المغنى (٣٤٩/٩)، وصَحَّحَ ابن حزم هذه الرواية من غير زيادة : وخذوا العشر من أثمانها . راجع المحلى (٥٨٧/٨) .

(٢) رد المحتار (٢٢٩/٥) .

(٣) بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩) .

الترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم على اعتبار الخمر والخنزير مالا متقوما بالنسبة للذمي أو عدم اعتباره ظهر لي مايلي :

(١) أن دعوى الحنفية أن الخمر كانت مباحة لأهل الكتاب تحتاج الى دليل ومجرد تعاملهم بها واعتقادهم حِلَّها لايعني أبدا أنها كانت مباحة في شريعتهم فقد حكى الله سبحانه وتعالى عنهم أنهم كانوا يستحلون المحرم عليهم فقال تعالى : " سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ "(١) .

ولادلالة فيما بين أيديهم من التوراة والانجيل لأنها كتب محرفة والا فان الشوكاني رحمه الله قد قال : " وقد تأملت التوراة والانجيل فلم أجد فيهما الا اباحة الخمر مطلقا من غير تقييد بعدم السُّكْر ، بل فيهما التصريح بما يتعقب الخمر من السُّكْر واباحة ذلك فلم يتم دعوى اتفاق المِلَل على التحريم وهكذا تأمَّلْتُ كتب أنبياء بني اسرائيل فلم أجد فيها مايدل على التقييد أصلا "(٢) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " فمن كان لايؤمن بالله ... ويحرف نصوص التوراة والانجيل ،فان في الأناجيل الأربعة من التناقض الاختلاف بين ما أمر الله به وأوجبه مافيها"(٣) .

وأما الخنزير فلم يكن مباحا في شريعتهم قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله عند قوله تعالى : " قَاتِلُوا الَّذِينَ لَايُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ

---

(١) المائدة : ٤٢

(٢) ارشاد الفحول (ص٢١٦) وللمزيد راجع : الفروق للقرافي (٣٣/٤) ، الموافقات للشاطبي (٤/٢) ،فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري مطبوع مع المستصفى (٢٦٢/٢) ، شرح النووي على صحيح الامام مسلم (١٤٤/١٣) ،بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩) تكملة شرح فتح القدير أحمد بن قودر (٣٥٩/٩) ،الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٧/٤) .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٦٢١/٢٨) .

وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ" (١) .

قال : " ولايحرمون ماحرم الله ورسوله . من الدم والميتة ولحم الخنزير الذى مازال حراما من لدن آدم الى محمد صلى الله عليه وسلم ما أباحه نبى قط بل علماء النصارى يعلمون أنه محرم ومايمنع بعضهم من اظهار ذلك الا الرغبة والرهبة وبعضهم يمنعه العناد والعادة ونحو ذلك " (٢) .

(٢) وأما استدلالهم بالأثر المروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فان هذا الأثر قد أعلّه بعض العلماء فقد قال ابن حزم فى احدى طرقه والتى فى اسنادها اسرائيل قال : " واسرائيل ضعيف " (٣) .

وقال ابن حجر : " وفى اسناده ابراهيم بن عبدالأعلى " (٤) .

وأيضا فان أبا عبيد القاسم بن سلام قد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أفتى بغير ما أفتى به فى ذلك وكذلك عمر بن عبدالعزيز فقال : حدثنا أبو الأسود المصرى حدثنا عبدالله بن لهيعة عن عبدالله ابن هبيرة السبائى أن عُتبة بن فرقد بعث الى عمر بن الخطاب بأربعين ألف درهم صدقة الخمر فكتب اليه عمر بعثت الى بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين وأَخْبِرْ بذلك النّاس فقال والله لا أستعملك على شىء بعدها قال فتركه " (٥) .

وحدثنا عبدالرحمن بن مهدى عن المثنى بن سعيد الضُّبَعِى قال كتب عمر بن عبدالعزيز الى عدى بن أرطأه أن أبعث الى بفضل الأموال التى قبلك من أين دخلت ؟ فكتب اليه بذلك وصنّفه له فكان فيما كتب اليه من عشر الخمر أربعة آلاف درهم . قال فلبثناها ماشاء الله ثم جاء جواب كتابه انك كتبت الى تذكر من عشور الخمر أربعة آلاف درهم وأن الخمر

---

(١) التوبة : ٢٩

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/٦٢١) .

(٣) المحلى (٨/٥٨٨) .

(٤) الدراية (٢/١٦٢) .

(٥) أخرجه أبو عبيد فى الأموال (ص ٥٣) .

لايعشرها مسلم ولايشربها ولايبيعها فاذا آتاك كتابى هذا فاطلب الرجل فارددها عليه فهو أولى بماكان فيها فطلب الرجل فردت عليه الأربعة الآلاف وقال آستغفر الله انى لم أعلم " (١) .

قال أبو عبيد (٢) : " فهذا عندى الذى عليه العمل وان كان ابراهيم النخعى قد قال غير ذلك " .

ثم قال : " وقول الخليفتين عمر بن الخطاب وعمر بن عبدالعزيز أولى بالاتباع " .

وان صح هذا الأثر عن عمر بن الخطاب فقد قال أصحاب القول الثانى ان قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه " ولوهم بيعها" محمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وانما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم اذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه .وتسميتها أثمانا مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمنا فقال : " وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ" (٣) . أو آن معنى قوله : أن لهم ماتولوه من بيعها ولايعترض عليهم فيما استباحوه منها وقوله وخذوا العشر من أثمانها أى من أموالهم وان خالطت أثمانها (٤) .

وترك التعرض لهم فيما استباحوا من حرمات لايعنى اقرارهم على ذلك والحكم لهم بأنها أموال متقومة تضمن بالاتلاف يقول الزركشى رحمه الله : "وقد ذكر القاضى أبو الطيب فى باب الغصب من تعليقه أنا لانطلق فى حق أهل الذمة فيما يخالفون فيه الشرع لفظ التقرير لاعلى الكفر ولاعلى شىء من عقائدهم الخبيثة وانماجاء الشرع بترك التعرض لهم وفاء بالعقد وحفظا لعقد الأمان الذى جرى بيننا وبينهم فان قيل هذا هو التقرير قلنا لا . لأن التقرير يوجب فوات الدعوى وترك التعرض لايوجب فواتها وانما هو مجرد تأخير المعاقبة الى الآخرة ويجوز أن تكون الحجة لازمة والدعوى

---

(١) الأموال لأبى عبيد (ص ٥٣) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) يوسف : ٢٠
(٤) المغنى (٥/٢٢٣) .

قائمة وتؤخر المعاقبة ولايجوز أن يرد الشرع بتقريرهم على ماهم عليه ثم ينفى لزوم الحجة وتوجه الدعوة "[1] .

هذا بالنسبة لكون ترك التعرض لهم لايعنى اقرارهم ، أما بالنسبة لكون ترك التعرض لايعنى أنها أموال متقومة يحكم على متلفها بالضمان فقد قال الامام الشافعى رحمه الله : " فان قال فلم لم تحكم لهم بقيمته على من استهلكه ؟ قلت : أمرنى الله عز وجل أن أحكم بينهم بما أنزل الله ولم يكن فيما أنزل الله تبارك وتعالى ولامادل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم المُنَزَّل عليه المُبَيِّنْ عن الله عز وجل ولافيما بين المسلمين أن يكون للمحرم ثمن فمن حكم لهم بثمن محرم حكم بخلاف حكم الاسلام ولم يأذن الله تعالى لأحد أن يحكم بخلاف حكم الاسلام وأنا مسؤول عما حَكَمْتُ به ولَسْتُ مسؤولا عما عَمِلُوا مما حُرِّم عليهم مما لم أُكلَّفْ مَنْعَهُم منه "[2] .

(٣) أن استدلال الحنفية بما جاء فى الأثر : " فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ماعليهم" .

ونسبة بعضهم[3] هذا القول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لايصح فانه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال هذا القول وانما هو أثر مروى عن على رضى الله عنه وهذا أيضا لم يثبت عن على رضى الله عنه فقد قال ابن حجر رحمه الله : " لم أجده هكذا"[4] .

---

(١) المنثور فى القواعد (٩٨/٣ - ٩٩) .

(٢) الأم (١٢٨/٤) .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٣٥/٥)،بدائع الصنائع (٤٤١٣/٩) ومثل هذا يكثر فى كتب الحنفية فقد قال أبو العباس القرطبى صاحب كتاب المفهم شرح صحيح مسلم "استجاز بعض فقهاء أهل الرأى نسبة الحكم الذى دل عليه القياس الجلى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم نسبة قولية فيقولون فى ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا . ولهذا ترى كتبهم مشحونة بأحاديث تشهد متونها بأنها موضوعة لأنها تشبه فتاوى الفقهاء ولأنهم لايقيمون لها سندا . اهـ نقلا عن الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث لأحمد محمد شاكر (ص ٨٠) .

(٤) الدراية (١١٥/٢) .

وقال الألباني : "لم أقف عليه . ثم رأيت الحديث في الهداية من كتب الحنفية فقال الحافظ الزيلعي في تخريجه : قلت غريب . قلت يعني لا أصل له "[1] .

قلت : انما الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حول هذا القول أنه قاله صلى الله عليه وسلم فيمن يُسْلِمْ من الكفار . فقد روى الامام أحمد والنسائي عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فاذا شهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وأكلوا ذبيحتنا وصَلّوْا صلاتنا فقد حَرُمَتْ علينا دماؤهم وأموالهم الا بحقها لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم"[2] .

وما رواه الامام مسلم[3] عن سليمان بن بريده عن أبيه في حديث طويل جاء فيه : " واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال ... الى أن قال : " ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ،ثم ادعهم الى التَحَوُّلِ من دارهم الى دار المهاجرين وأخبرهم أنهم ان فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين " يعني بعد اسلامهم .

ثم قال : " فان هم أبوا فسلهم الجزية ،فان هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم " .

أي كف عن قتالهم ولم يقل فان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين . والله أعلم بالصواب .

ثم انه لو صح هذا الأثر فانه يصلح دليلا عليهم لا دليلا لهم ،فان معنى قوله : " لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم" معناه والله أعلم أن عليهم أن يلتزموا بأحكام المسلمين مثل ما التزم بها المسلمون ، قال

---

(١) ارواء الغليل (١٠٣/٥) .

(٢) مسند الامام أحمد (١٩٩/٣)،سنن النسائي (٧٦/٧) كتاب تحريم الدم .

(٣) صحيح الامام مسلم (١٣٥٧/٣) كتاب الجهاد والسير باب (٢) .

الشافعي رحمه الله [1] : "سمعت عددا من أهل العلم يقولون الصَّغَارُ أن يُجْرَى عليهم حكم الاسلام قال : وما أشبه ماقالوا بما قالوا لامتناعهم عن الاسلام فاذا جرى عليهم حكمه فقد أُصْغِرُوا بما يجرى عليهم منه" .

وان من أحكام الاسلام تحريم الخمر واسقاط ماليته فوجب أن يكونوا أتباعا للمسلمين فى ذلك ،أما قوله : " لهم ماللمسلمين " فمعناه والله أعلم أنه كما حرمت دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم بالاسلام فأهل الذمة أيضا محرمة بعقد الذمة ،والأموال التى حرم الاعتداء عليها فى حق المسلم هى الأموال التى يباح له تملكها شرعا فكذلك الذمى فانه يثبت فى حقه مايثبت للمسلمين لاأن حقه يزيد على حق المسلمين كما قرر ذلك الزيلعى من الحنفية [2] استدلالا للشافعى .

وأيضا فان عقد الذمة خَلَفٌ عن الاسلام فيثبت به مايثبت بالاسلام اذا الخَلَفُ لايخالف الأصل فيسقط تَقَوُّمُهما فى حق أهل الذمة [4] . وبذلك يظهر لنا رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من عدم اعتبار الخمر والخنزير أموالا لعدم اباحتها شرعا والله أعلم .

---

(١) الأم (٩٩/٤) .

(٢) تبيين الحقائق (٢٣٥/٥) .

(٣) المرجع نفسه .

أثر العرف فى اعتبار الشئ مالا .

يؤثر العرف تأثيرا كبيرا فى تكوين عنصرين من عناصر المالية وهما: كون الشئ له منفعة مقصودة، وله قيمة مادية بين الناس، فقد يكون الشئ فى زمان ما عديم النفع أو لايتموله الناس وفى زمان آخر يعتبره الناس من أعزّ الأموال لاشتماله على منافع مقصودة لهم .

بناء على ذلك : فان الشئ اذا كان عديم النفع فى زمان ما ثم صار ذا نفع فى زمان آخر صح أن يطلق عليه أنه مال بشرط توفر عنصر الاباحة الشرعية لهذه المنفعة، فان كانت المنفعة الحادثة محرمة فليس بمال ولايأخذ حكم المال شرعا .

ومن الأمثلة على ذلك بعض الحيوانات والحشرات كالفئران والجراثيم ونحو ذلك فهذه فى زمان الفقهاء رحمهم الله لاتعتبر أموالا لكونها عديمة النفع . يقول الامام الشافعى (١) : "وكل مالامنفعة فيه من وحش مثل الحدأة والرخمة والبغاثة ومالايصيد من الطير الذى لايؤكل لحمه ومثل الحكاء والقطا والخنافس وما أشبه هذا فأرى والله تعالى أعلم أنه لايجوز شراؤه ولابيعه بدين ولاغيره ولايكون على أحد لو حبسه رجل عنده فقتله رجل له قيمة وكذلك الفأر والجرذان والوزغان لأنه لامعنى للمنفعة فيه حيا ولامذبوحا ولاميتا فاذا اشترى هذا أشبه أن يكون أكل المال بالباطل وقد نهى الله عز وجل عن أكل المال بالباطل لأنه انما أجيز للمسلمين بيع ما انتفعوا به مأكولا أو مستمتعا به فى حياته لمنفعة تقع موقعا ولامنفعة فى هذا تقع موقعا" .

فقد علّل الامام الشافعى رحمه الله عدم جواز بيعها وشرائها وعدم تضمين متلفها لكونها لامنفعة فيها ومفهوم هذا أنه اذا وجدت المنفعة فانه يجوز بيعها وشراؤها اذا لم يمنع من ذلك دليل شرعى .

وفى عصرنا هذا وبعد تطور العلم صار العلماء يجرون الأبحاث الطبية

---

(١) الأم (١٠/٣) .

على بعض الحيوانات والحشرات كفئران المختبرات ونحوها ويصنعون من الجراثيم الأمصال للتلقيح ضد بعض الأمراض فأصبحت هذه الحشرات فى هذا العصر عظيمة النفع عالية القيمة وبذلك تكتسب صفة المالية بعد أن لم تكن مالا فى نظر الفقهاء .

ومثل ذلك قد حصل فى زمن الفقهاء المتقدمين رحمهم الله لما صار للعلق - وهو دود أسود وأحمر يخرج من الماء - لما صار له منفعة حيث أن عادته أن يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه (١) .

وفى مثل ذلك يقول ابن قدامة : " وفى بيع العلق التى ينتفع بها مثل التى تُعلَّق على وجه صاحب الكلف فتمصّ الدم ، والديدان التى تترك فى الشِّصّ فيصاد بها السمك وجهان : أصحهما جواز بيعها لحصول نفعها كالسمك " (٢) .

ويقول ابن عابدين : " وجوز أبو الليث بيع العلق وبه يفتى للحاجة . قال فى البحر عن الذخيرة اذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مُرْغُل يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس اليه لتمول الناس . أقول العلق فى زماننا يحتاج اليه للتداوى بمصّه الدم وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دلّ على جواز بيع دُودة القزّ فان تمولها الآن أعظم اذ هى من أعز الأموال ويباع منها فى كل سنة قناطير بثمن عظيم " (٣) .

ويقول النووى : " ويصح بيع العلق على الأصح لمنفعة امتصاص الدم" (٤) .

ويقول أيضا : " العلق وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء وعادته أن يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه هل يجوز بيعه فيه طريقان : أصحهما وبه قطع امام الحرمين والغزالى والبغوى فى شرح المختصر وآخرون يجوز لأن فيه غرض مقصود وهو امتصاصه الدم من العضو المتألم" (٥) .

---

(١) المجموع (٢٢٨/٩) .

(٢) المغنى (١٩٤/٤) وراجع شرح منتهى الارادات (١٤٢/٢)، الروض الندى (ص ٢٠٤) .

(٣) رد المحتار (٦٨/٥، ٢٢٧)، وراجع الدر المختار (٦٨/٥) .

(٤) روضة الطالبين (٣٥١/٣)، وراجع مغنى المحتاج (١٢/٢) .

(٥) المجموع (٢٢٨/٩) .

وقد ذكر البابرتي الحنفي الضابط في مثل هذه المسألة عند كلامه على حكم بيع النحل فقال : " وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أي مجموعا وهو قول الشافعي ،لأنه حيوان منتفع به،حقيقة باستيفاء مايحدث منه، وشرعا لعدم مايمنع منه شرعا،وكل ماهو كذلك يجوز بيعه "[(١)] .

فلابد اذاً أن يكون الشيء الذي تعارف الناس على بيعه وشرائه منتفعا به حقيقة وشرعا . حقيقة باستيفاء مايحدث منه ،وشرعا بعدم قيام الدليل الشرعي المعارض .

فالمحرمات التي نهى الشارع عنها وتعارف الناس على بيعها وشرائها بل واعتبروها من أنفس الأموال فهذه وان تعارف الناس على كونها أموالا فان العرف المصادم لنص شرعي لايعتد به ،يقول السرخسي : " وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[(٢)] .

ومما تعارف الناس على تموله في هذا الزمان واعتبروه مالا مع تحريم ذلك شرعا مايلي :

(١) تعارف الناس على بيع الدم في هذا الزمان والتعامل في ذلك على مستوى الدول والأفراد بدعوى حاجة الناس لذلك عند اجراء العمليات الجراحية أو عند حصول حادث يستلزم نقل الدم الى المصاب ونحو ذلك .

أقول : انما أبيح[(٣)] الانتفاع بالدم لحاجة الناس اليه فيجب أن يقدر بقدرها ولايقتضي حل الانتفاع جواز البيع كما لايقتضي حرمة البيع حرمة الانتفاع ،يقول ابن القيم رحمه الله : " وينبغي أن يُعْلَمْ أن باب الانتفاع أوسع من باب البيع فليس كل ماحرم بيعه حرم الانتفاع به بل لاتلازم بينهما فلا يؤخذ تحريم الانتفاع من تحريم البيع "[(٤)] .

---

(١) العناية شرح الهداية (٤١٩/٦)،وراجع تبيين الحقائق (٤٩/٤)،شرح فتح القدير (٤٢٠/٦) .

(٢) المبسوط (١٩٦/١٢) .

(٣) الفتاوى السعدية (ص ١٩٤) ومابعدها،وراجع رسالة نقل الدم وأحكامه محمد صافي والفتاوى الملحقة في آخره لنخبة من العلماء، الناشر مؤسسة الزغبي للطباعة والنشر سوريا - حمص . لبنان بيروت الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م .

(٤) زاد المعاد (٤٦٧/٤) .

وبيع الدم محرم بالاجماع كما حكى الحافظ ابن حجر العسقلانى (١) .

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم النهى عن ثمن الدم فقد روى البخارى فى صحيحه (٢) عن عون بن أبى جحفة قال : " رأيت أبى اشترى حجاما فأمر بمحاجمه فكُسِرَتْ فسألته عن ذلك فقال : انرسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمنالكلب وكسب الأمه ولعن الواشمة والمستوشمة وآكل الربا وموكله ولعن المُصَوِّر" .

قال ابن حجر : " قال : ثمن الدم .واخْتُلِفَ فى المراد به فقيل أجرة الحجامة وقيل هو على ظاهره والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة والخنزير وهو حرام اجماعا أعنى بيع الدم وأخذ ثمنه" (٣) .

والحاصل أن الدم قد أَهْدَرَ الشارع ماليته بتحريم ثمنه فلايكون مالا وان تعارف الناس على ذلك فلا يصح مقابلته بالمال الا اذا احتاج انسان الى الدم ولم يجد من يبذله له تبرعا فانه يجوز له حينئذ شراؤه والاثم على البائع ،يقول ابن القيم رحمه الله : " وهذا أصل معروف من أصول الشرع أن العقد والبذل قد يكون جائزا أو مستحبا أو واجبا من أحد الطرفين مكروها أو محرما من الطرف الآخر فيجب على الباذل أن يبذل ويحرم على الآخذ أن يأخذ " (٤) .

(٢) تعارف الناس على بيع الدخان وشرائه مما يفيد أنهم يعتبرونه مالا مع أن العلماء رحمهم الله قد أفتوا بتحريم تناوله والتجارة فيه (٥)

---

(١) فتح البارئ (٣٠١/٩)،وراجع لمغنى (١٩٢/٤)،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٤٤/٤)،مغنى المحتاج (١١/٢)،روضة الطالبين (٣٤٨/٣)،زاد المعاد (٤٧٤/٤)،بدائع الصنائع (٣٠٠٣/٦) .

(٢) صحيح الامام البخارى (٤٣/٣) كتاب البيوع باب (١١٣) .

(٣) فتح البارئ (٣٠١/٩) .

(٤) زاد المعاد (٤٩٥/٤) .

(٥) راجع فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك (١١٨/١) ومابعدها،والدر المختار (٤٥٩/٦)،الفتاوى السعدية (ص ٥٩١،٥٩٥) ، فتوى فى حكم شرب الدخان لسماحة الشيخ محمد بن ابراهيم .

يقول الشيخ عبدالرحمن بن سعدى رحمه الله[1] : " أما الدخان فشربه والإتجار به والاعانة على ذلك فهو حرام لايحل لمسلم تعاطيه شربا واستعمالا واتجارا وعلى كل من يتعاطاه أن يتوب الى الله توبة نصوحا كما يجب عليه التوبة من جميع الذنوب وذلك أنه داخل فى عموم النصوص الدالة على التحريم داخل فى لفظها وفى معناها وتلك المضارة الدينية والبدنية والمالية التى يكفى بعضها فى الحكم بتحريمه فكيف اذا اجتمعت .

أما المضارة الدينية ودلالة النصوص على منعه وتحريمه فمن وجوه كثيرة منها :

(أ) قوله تعالى : "وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ"[2] .

(ب) قوله تعالى : " وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ"[3] .

(جـ) قوله تعالى : " وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"[4] .

فهذه الآيات وما أشبهها حرّم الله بها كل خبيث أو ضار فكل مايستخبث أو يضر فانه لايحل .

ثم ذكر مضاره البدنية والمالية فقال : " ولما كان الدخان بهذه المثابة مضرا بالدين والبدن كانت التجارة فيه محرمة ..." ثم نقل اتفاق العلماء على تحريمه .

والحاصل : أن الدخان يفقد عنصرين من عناصر المالية وهما المنفعة المقصودة والاباحة الشرعية أما تعارف الناس على تموله فلا يعتد به وحده وعلى ذلك فان الدخان لايعتبر فى نظر الشرع مالا تتعلق به الأحكام الفقهية الشرعية .والله أعلم .

(٣) تعارف الناس على بيع العطور المشتملة على مواد مسكرة تصل الى حد الاسكار وتمولها والاتجار بها ومثل هذا يحرم بيعه وشراؤه لأنه خمر

---

(١) الفتاوى السعدية (ص ٥٩١ – ٥٩٥) .
(٢) الأعراف : ١٥٧
(٣) البقرة : ١٩٥
(٤) النساء : ٢٩

فقد ثبت فى الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عبدالله بن عمر رضى الله عنهما قال : " كل مسكر خمر وكل مسكر حرام" [1] .

والخمر ليس بمال كما مَرَّ معنا . فكل مادة اشتملت على مواد مسكرة وان لم تُسَمّ خمرا فهى خمر بنص الحديث لايحل بيعها ولاشراؤها ولاشربها ولاتندرج فى مسمى المال ومن ثم فلا ضمان على متلفها ،يقول ابن القيم رحمه الله [2] : "فأما تحريم الخمر : فيدخل فيه تحريم بيع كل مسكر مائيا كان أو جامدا عصيرا أو مطبوخا فيدخل فيه عصير العنب وخمر الزبيب والتمر والذرة والشعير والعسل والحنطة واللقمة الملعونة - الحشيش - لقمة الفسق والقلب التى تحرك القلب الساكن الى أخبث الأماكن فان هذا كله خمر بِنَصّ رسول الله صلى الله عليه وسلم الصحيح الصريح الذى لامطعن فى سنده ولا اجمال فى متنه اذ صح عنه قوله : " كل مسكر خمر" [3] وصح عن أصحابه الذين هم أعلم الأمة بخطابه ومراده أن"الخمر" ماخامر العقل ..." الى أن قال : " فهكذا لايجوز اخراج صنف من أصناف المسكر عن اسم الخمر فانه يتضمن محذورين :

(أحدهما) : أن يخرج من كلامه ماقَصَدَ دخوله فيه .

(الثانى) : أن يشرع لذلك النوع الذى أخرج حكم غيرحكمه ،فيكون تغييرا لألفاظ الشارع ومعانيه . فانه اذا سمى ذلك النوع بغير الاسم الذى سماه به الشارع أزال عنه حكم ذلك المسمى وأعطاه حكما آخر ،ولما عَلِمَ النبى صلى الله عليه وسلم أن من أمته من يبتلى بهذا كما قال : "ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها" قض قضية كلية عامة

---

(١) رواه مسلم (١٥٨٧/٣) كتاب الأشربة باب (٧)، الترمذى (٢٩٠/٤) كتاب الأشربة باب (١)، أبو داود (٨٥/٤) كتاب الأشربة باب (٥)، النسائى (٢٩٦/٨ - ٢٩٧) ،كتاب الأشربة باب اثبات اسم الخمر لكل مسكر من الأشربة.

(٢) زاد المعاد (٤٦٣/٤ - ٤٦٤) .

(٣) سبق تخريجه آنفا .

لايتطرق اليها اجمال ولا احتمال بل هى شافية كافية" [(١)] .

هذه بعض أمثلة لما تعارف الناس على بيعه واعتبروه مالا مع أنه يفتقد عنصر الاباحة الشرعية وغير هذا كثير كتعارفهم على بيع آلات اللهو والطرب وتَمَوُّلِها وكذلك السِّرْجِين النجس ونحو ذلك مما هو حرام العين والانتفاع جملة ومثل هذا قال عنه ابن القيم رحمه الله : " ماهو حرام العين والانتفاع جملة كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك فهذه ثمنها حرام كيفما اتفقت" [(٢)] .

وكذلك الحكم فيما جُلّ منافعه المقصودة محرمة فهذا لايعتبر مالا ولايصح مبادلته بالمال يقول الأُبِّي الأزهرى : " ان المازرى وابن شاس وغيرهما ذكروا أن مثل مالامنفعة فيه مامنافعه كلها محرمة كالدم أو جل المقصود منها محرم كالزيت النجس" [(٣)] .

---

(١) رواه أبو داود (٩٢/٤) كتاب الأشربة باب (٦)، ابن ماجه (١٣٣٢/٢) كتاب الفتن باب (٢٢)، الامام أحمد فى المسند (٣٤٢/٥) .
قال المنذرى : وفى اسناده حاتم بن حريث الطائى الحمصى . سئل عنه أبو حاتم الرازى فقال شيخ وقال يحيى بن معين لاأعرفه . انظر مختصر سنن أبى داود (٢٧١/٥) .

(٢) زاد المعاد (٤٧٤/٤) .

(٣) جواهر الاكليل (٢/٤ ــ ٥) .

الباب الأول

مسئولية من يقع منه أو بسببه الإتلاف لأموال الغير

وفيه ستة فصول :

الباب الأول

مسئولية من يقع منه أو بسببه الاتلاف لأموال الغير

الفصل الأول

تلف الأموال بيد غير المُكَلَّف

اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) على أن ضمان المتلفات لايشترط فيه التكليف فمتى أتلف انسان لانسان مالا أوتَلِفَ فى يده بتفريط منه اذا كان أمانة فانه يجب عليه ضَمَانُه سواء كان من بيده المال مكلفا أو غير مكلف حتى أن الحنفية قالوا : " لو أن ابن يوم مثلا انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال" (٥) .

يقول المرغينانى : " ان أتلف اشيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المُتْلَفِ عليه وهذا لأن كون الاتلاف مُوجِبا لايتوقف على القصد كالذى يَتْلَفُ بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد" (٦) .

وقال فى موضع آخر : " ولأن الصبى يؤاخذ بأفعاله وصحّة القَصْدِ لامعتبرَ بها فى حقوق العباد" (٧) .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (١٤٦/٦)، الهداية (٢٥٨/٩)، العناية (٣٧١/١٠)، جامع أحكام الصغار (٢٠٤/٣)، (١٧٨/٢)، تيسير التحرير (٢٥٠/٢، ٢٦٣)، تكملة رد المحتار (٣٣٣/٨)، بدائع الصنائع (٤٤٦٢/٩) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٦/٣)، منح الجليل (١٧١/٣)، الخرشى وحاشية العدوى عليه (٣٩٣/٥)، التاج والاكليل (٦٠/٥)، جواهر الاكليل (١٤٤/٢) .

(٣) مغنى المحتاج (١٧٢/٢)، نهاية المحتاج (٣٦٩/٤)، شرح النووى على صحيح مسلم (١٤٥/١٣) .

(٤) كشاف القناع (٤٣١/٣)، شرح منتهى الارادات (٢٨٩/٢)، اعلام الموقعين (١٧١/٢) .

(٥) وخالفهم فى ذلك المالكية فقالوا : لاضمان على ابن شهر مثلا لأنه كالعجماء راجع فى ذلك المصادر السابقة للحنفية والمالكية .

(٦) الهداية (٢٥٨/٩) .

(٧) المرجع نفسه (٣٧٢/١٠) .

وجاء فى منح الجليل (١) : " العمد والخطأ والاكراه فى أموال الناس سواء يوجب ضمانها وهو من خطاب الوضع فلا يشترط التكليف والعلم فلافرق فى الاتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم والمكره والطائع " .

ويقول النووى (٢) : "وقد أجمع العلماء أن ماأتلفه السكران من الأموال يلزمه ضمانه كالمجنون فان الضمان لايشترط فيه التكليف ولهذا أوجب الله تعالى فى كتابه فى قتل الخطأ الدية والكفارة" .

والحاصل أن الأصل المتفق عليه بين الفقهاء وهو تضمين غير المكلف أساسه ومنشؤه تطبيق قاعدة الجوابر بخلاف رفع المسئولية الجنائية عنه لابتنائها على قاعدة الزواجر . يقول العز بن عبدالسلام (٣) : " قاعدة فى الجوابر والزواجر : الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح ،والزواجر مشروعة لدرء المفاسد ،والغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ،ولايشترط فى ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فان معظمها لايجب الاعلى عاص زجرا له عن المعصية " .

ويقول القرافى : " وأما الجوابر فهى مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة ،والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة ،ولايشترط فى حق من يتوجه فى حقه الجابر أن يكون آثما ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فان معظمها على العصاة زجرا لهم عن المعصية وزجرا لمن يقدم بعدهم على المعصية" (٤) .

وقد استثنى فقهاء كل مذهب من المذاهب الأربعة من الأصل وهو تضمين غير المكلف بعض مسائل قالوا فيها بعدم تضمين غير المكلف اذا أتلف مال غيره ومنشؤ ذلك ليس اعفاء غير المكلف من الضمان المالى بل تفريط

---

(١) (٥١٢/٣) .
(٢) شرح صحيح مسلم (١٤٥/١٣) .
(٣) قواعد الأحكام (١٧٨/١) .
(٤) الفروق (٢١٣/١) .

صاحب المال فى المحافظة على ماله فى تلك الصور فتكون التبعة على صاحب المال لأنه مفرط فى حق نفسه بتسليطه عليه مُضيع لماله معرضا اياه للتلف .

يشهد لذلك أن الفقهاء رحمهم الله قد قالوا بضمان غير المكلف ماأتلفه من مال الغير اذا كان الدافع لهذا المال غير مكلف أيضا اذ التسليط الواقع من المالك غير المكلف غير معتبر لعدم الأهلية فيكون كعدمه فيلزمه الضمان وبهذا تكون القضية قد عادت الى أصلها وهو تضمين غير المكلف ماأتلفه من مال الغير بناء على قاعدة الجوابر التى أشرنا اليها آنفا .

وفيما يلى نعرض ان شاء الله تعالى استثناءات كل مذهب على حده :

أولا : المسائل التى استثناها الحنفية .

ذهب الحنفية[(١)] الى أنه اذا أودع شخص عند صبى مثلا وديعة أو أقرضه قرضا فتلف عنده فلاضمان عليه سواء كان الصبى مميزا أو غير مميز .

وان أتلفها : فان كان غير عاقل وهو غير المميز فلايضمن بالاتفاق يقول الحصكفى[(٢)] : " وهذا كله لو كان الصبى عاقلا والافلا يضمن بالاجماع " .

ويقول الأسروشنى[(٣)] : " أَوْدَعَ صبيا محجورا عليه طعاما فأكله لايضمن وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يضمن وعلى هذا الخلاف اذا أقرضه شيئا وَسَلَّمَه اليه أو باع منه شيئا وَسَلَّمَه اليه فاستهلكه وهذا اذا كان عاقلا فان لم يكن فلا ضمان عليه فى قولهم جميعا " .

وقال : " وذكر شيخ الاسلام على الاسبيجابى والاختلاف فى الصبى الذى يعقل أما الذى لايعقل فلا ضمان عليه بالاجماع[(٤)] " .

---

(١) المبسوط (١١/١١٨ - ١١٩)، الهداية (١٠/٣٧١ -٣٧٢)،روضة القضاة (٢/٦١٥)،رد المحتار (٦/١٤٦)، الدر المختار (٦/٦٢٥)،جامع أحكام الصغار (٢/١٧٣،١٧٧)،تكملة رد المحتار (٨/٣٣٣) .

(٢) الدر المختار (٦/٦٢٥) .

(٣) جامع أحكام الصغار (٢/١٧٣) .

(٤) المرجع نفسه (٢/١٧٦) .

غير أن دعوى الاتفاق المشار اليها محل نظر : فقد ذكر الأسروشنى فى الجامع والحصكفى فى الدُّر أن المرغينانى قد خالف فى تضمين غير العاقل فقد جاء فى الهداية :(١) " وقال محمد فى أصل الجامع الصغير صبى قد عقل وفى الجامع الكبيروضع المسألة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة ،وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر" .

وقد تابع الزيلَعِىّ صَاحبَ الهداية فى هذا القول(٢) . وعَلَّقَ عليه أحمد شلبى فى حاشيته بقوله : " قوله ثم محمد فى الجامع الصغير شرط أن يكون الصبى ....الخ" وصورة ماقاله فى الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى رجل قد أَوْدَعَ صبيا قد عقل طعاما فأكله لاضمان عليه وان غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ أصل الجامع . قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير : ودَلَّتْ المسألة على أن الاختلاف فى الصبى الذى يعقل فأما الذى لايعقل فيجب عليه أن يضمن بالاجماع لأن تسليطه هدر وفعله معتبر .... قال الاتقانى رحمه الله : " وهذا الذى قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا أن الصبى اذا لم يكن عاقلا لايضمن فى قولهم واليه ذهب قاضيخان فى شرح الجامع الصغير"(٣) .

ومن هذا يتبين لنا أن نقل الاتفاق على عدم تضمين غير المميز عند الحنفية غير دقيق لأن هناك من خالف فى ذلك مثل فخر الاسلام البزدوى وتابعه على ذلك صاحب الهداية وتابعهما الزيلعى فى ذلك كما تبين لنا من النص السابق .

هذا كله فى الصبى غير المميز أما المميز فقد قال الحنفية :

ان كان مأذونا له فى التجارة أو قبض باذن وليه فأتلف الوديعة أو القرض فانه يضمن بالاتفاق .

فان لم يكن مأذونا له بالتجارة أو قبضها بغير اذن وليه فأتلفها

---

(١) (٣٧١/١٠) .

(٢) تبيين الحقائق (١٦٨/٦) .

(٣) حاشية أحمد شلبى على تبيين الحقائق (١٦٨/٦)،وراجع العناية شرح الهداية (٣٧١/١٠) .

فعندهم فى ذلك قولان :

(القول الأول) لأبى حنيفة ومحمد أنه لايضمن لافى الحال ولابعد الادراك .

(القول الثانى) لأبى يوسف أنه يضمن فى الحال .(١)

وسبب الخلاف : هل هو ضمان عقد أم ضمان فعل . فقال أبو حنيفة ومحمد ان هذا ضمان عقد والصبى ليس من أهل التزام الضمان بالعقد .

وقال أبو يوسف ان هذا ضمان فعل وهو من أهل الالتزام بالفعل .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

(١) أن المالك مَكَّنَه من اتلافه فصار كما لو باع مالا وسلمه اليه .

(٢) انه أتلف مالا غير معصوم فلايجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة فلايبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه فى الحفظ وذلك أن الصبى من عادته تضييع الأموال فاذا سلمه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضى بالاتلاف فلم يكن له تضمينه ،وبقوله : "احفظ" لايخرج من أن يكون اذناً لأنه انما يخاطب بهذا من لايحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدى الحمار اذا قال له لاتأكل .

واستدل أبو يوسف صاحب القول الثانى بما يأتى :

(١) أنه أتلف مالا معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان .

(٢) أن الايداع من الصبى باطل لأنه استحفاظ من لايحفظ فكأنه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لايحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبى كان ضامنا فكذا هذا .

(٣) أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلهما الصبى كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك فى سائر الأموال .

---

(١) رد المحتار (١٤٦/٦)، الهداية (٣٧١/١٠)، المبسوط (١١٨/١١ -١١٩)،روضة القضاة (٦١٥/٢) .

ورد هذا بأنه ليس من عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويَفِرُّون منه فلا يكون ايداع العبد والأمة عند الصبيان تسليطا على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط فى الدابة بطريق العادة ٠

ومعنى التسليط تحويل يد المالك فى المال الى الصبى فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صارمُمَكَّنًا من استهلاكه بالغا كان المُوْدَعُ أو صبيا الا أنه بقوله "احفظ" قَصَدَ أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح فى حق البالغ باطل فى حق الصبى ٠ وبخلاف العبد والأمة فان المالك باعتبار يده ماكان متمكنا من قتل الآدمى فتحويل اليد اليه لايكون تسليطا على قتله[1] ٠

ثانيا : المسائل التى استثناها المالكية ٠

ذهب المالكية[2] الى أن الصبى مثلا اذا أتلف ماأُمِّنَ عليه - أي جُعِل فى يده أمانة ليحفظه - كإن أُوْدِعَ المال فأتلفه أو ضيعه لم يضمن سواء أذن وليه فى ذلك أم لا ،جاء فى المدونة[3] : "قلت أرأيت لو أن رجلا استودع صبيا صغيرا وديعة فضاعت أيضمن الصبى أم لا ؟ قال : لايضمن قلت بأمر أربابه أو بغير أمر أربابه ؟ قال ذلك سواء عندى ٠ قلت : وهو قول مالك ؟ قال : قال مالك : فى الرجل يبيع الصبى السلعة فيتلفها الصبى أنه لاشىء له على الصبى من ثمن السلعة ولايضمن له الصبى قيمة السلعة وان باع الصبى منه السلعة فأخذ الصبى منه الثمن فأتلفه أن الرجل ضامن للسلعة ولايضمن الصبى الثمن الذى أتلفه لأنه هو الذى سلَّط الصبى

---

(١) المراجع السابقة ٠

(٢) مواهب الجليل (٥/٢٦٧)، التاج والاكليل (٥/٢٦٧)، (٢/٦٠،٩٨)، الخرشى وحاشية العدوى عليه (٥/٣٩٣)،منح الجليل (٣/١٧١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣/٤٣٢،٢٩٦)،جواهر الاكليل (٢/٩٨،١٤٤) ٠

(٣) (٦/١٥٢) ٠

على ذلك وأتلف ماله فكذلك الوديعة " .

وقد فرَّق المالكية بين قبوله للوديعة أو القرض باذن أهله أوقبوله نتيجة تنصيب وليه له فى الأخذ والاعطاء ففى هذه الحالة الأخيرة يضمن وليه الناصب له لاالصبى لأنه لما نَصَبَه للبيع والشراء والأخذ والاعطاء فقد أطلق له التصرف فيتحمل الولى تبعة ذلك (١) .

وقد استثنى المالكية من قولهم : أنه لايضمن ماأتلفه مما أُمِّنَ عليه ما اذا جاء التلف نتيجة استهلاك الصبى لهذا المال ،مثل أن يكون ماأُمِّنَ عليه طعاما فيأكله أو تكون دراهم فينفقها على نفسه فى أكل وكسوة ونحو ذلك مما لابد منه ففى مثل هذه الحالة قالوا لايخلو الأمر من احدى حالتين :

(أ) ان لم يكن له مال فلا ضمان عليه ولاتُتبَع ذمته اتفاقا.

(ب) ان كان له مال ولكنه قصد باتلاف ماأُمِّن عليه حفظ هذا المال فحينئذ يضمن ماأتلفه فى ماله الذى أراد حفظه وصيانته فيرجع عليه رب المال بالأقل مما أنفقه وماصَوَّن به ماله فاذا كان مثلا يتغذى كل يوم بنصف دينار فباع ماأُمِّنَ عليه وصار يتغذى من تلك القيمة بدينار كل يوم فلايضمن فى ماله الا نصف الدينار الذى منعادته أن يتغذى به كل يوم لأنه قصد حفظ ذلك النصف ولايضمن مازاد على النصف وفى ذلك يقول الدسوقى (٢) : "ومحل عدم الضمان أيضا فى الوديعة والقراض والمبيع مالم يُصَوِّن الصبى أو السفيه ماله بماأخذه والا ضَمَّنَهُ ماأتلفه فى المال الذى صَوَّنَهُ به أى أنه يضمن القدر الذى صَوَّنَه فقط مما كان ينفق مثله عادة ولايعتبر زيادة التَرفُّه على أكله أو لبسه " .

وقال فى موضع آخر : " فاذا كان من عادته أنه كل يوم يتغذى بنصف فضَّة فباع ماأمن عليه وصار يتغذى كل يوم بخمسة أنصاف فلايضمن فى

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣/٤٣٢) .

(٢) حاشية الدسوقى (٣/٤٣٢) .

ماله الا النصف الفضة لامازاد" (١) .

ونبه المالكية على أن الضمان يتعلق بعين المال الذى أتلف ما أؤمن عليه من أجل صيانته وحفظه فقط لابغيره بحيث لو تلف هذا المال الذى قصد حفظه وصيانته بمال غيره فلا ضمان عليه .

وكذلك لو استفاد غيره لم يضمن فى هذا المال المستفاد لأن الضمان متعلق بالمال الذى تلف ولم يتعلق بذمته .

ثالثا : المسائل التى استثناها الشافعية .

ذهب الشافعية (٢) الى أن غير المكلف كالصبى والمجنون مثلا لايضمن ما أتلفه مما اشتراه أو اقترضه من رشيد وسلمه اليه لافى الحال ولابعد البلوغ ، اذ المقبض مضيع لماله بتسليمه له فكأنه أذن له باستهلاكه .

واستثنى الشافعية ما اذا اشترى أو اقترض من صبى مثله ولم يأذن لهما الوليان فى ذلك فكل واحد يضمن ماقبض من الآخر .

وان أذن الوليان لهما فالضمان على الوليين لوجود التسليط منهما فيتحملان تبعته .

أما فى الوديعة فقد فرق الشافعية بين أن يتلف المال فى يد الصبى بنفسه أو يتلفه الصبى وبين كون المودع رشيدا أو لا .

فذهبوا الى أنه اذا أودع مالك كامل الأهلية صبيا أو مجنونا مالا فتلف عندهما بغير فعلهما فلا ضمان عليهما ولو كان بتفريط منهما لأنه استحفظ من لايصح التزامه للحفظ فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ .

أما اذا تلف بفعلهما فعليهما ضمانه لأنهما من أهل التزام الضمان ولم يسلطهما على اتلافه .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٢٩٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٣/٣٨٦،١١٤)، المجموع (٩/١٤٣)، مغنى المحتاج (٣/٨١)، زاد المحتاج (٣/١١٧)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٤٦٨) .

أما اذاكان المُوْدِعُ غير رشيد فاستودع صبيا أو مجنونا فانهما يضمنان بمجرد الاستيلاء التام .

رابعا : المسائل التى استثناها الحنابلة .

ذهب الحنابلة(1) الى أن غير المكلف كالصبى والمجنون مثلا لايضمن مادفع اليه بعقد معاوضة كبيع أو اجارة أو بغير عقد معاوضة كوديعة وعارية سواء حصل من غير المكلف تفريط أو لم يحصل وهو المذهب .

قالوا : لأن مالكه سلطهم عليه فيتحمل نتيجة تصرفه .

هذا اذا كان من دفع اليهم المال رشيدا أما اذا كان محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فهو مضمون عليهم سواء تلف عندهم أوأتلفوه لأنه لاتسليط من المالك وقد تلف بفعل القابض له بغير حق فضمنه لأنه اتلاف يستوى فيه الكبير والصغير والعمد والسهو .

---

(1) كشاف القناع (١٩٧/٤ - ١٩٨)، (٤٣١/٣)،شرح منتهى الارادات (٢٨٩/٢،٤٥٥) الانصاف (٣١٩/٥)، (٣٣٥/٦)، المحرر (٣٤٧/١)، المغنى (٣٥٣/٤)، غاية المنتهى (١٣٥/٢)،كشف المخدرات (ص ٢٦٤) .

الفصل الثانى

تلــف الأموال بفعل المُكْــرَه

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

فى تعريف الاكراه وأنواعه ووسائله وشروطه

المطلب الأول : تعريف الاكـــــراه

تعريفه لغة :

يقول ابن فارس : " الكاف والراء والهاء أصل واحد يدل على خــلاف الرضا والمحبة يقال كرهت الشئ أكرهه كرها ... والكُرْه المشقة والكَـرْه – بفتح ثم سكون – أن تكلف الشئ فتعمله كارها"(1) .

ويقول الفيروزآبادى(2) والزمخشرى(3) : " واستُكْرِهَتْ فلانة غُصِبَتْ نفسها" .

تعريفه اصطلاحا :

عُرِّف الاكراه بعدة تعريفات منها :

(١) اجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاخافة(4) .

(٢) فعل يوجد من المُكْرِه فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه(5) .

---

(١) معجم مقاييس اللغة (١٧٢/٥) . وانظر أيضا المشوف المعلم فى ترتيب الاصلاح على حروف المعجم لأبى البقاء العكبرى (٦٧١/٢)، الصحـــاح للجوهرى (٢٢٤٧/٦) .

(٢) ترتيب القاموس المحيط للزاوى (٤٤/٤) .

(٣) أساس البلاغة (ص ٣٩١) .

(٤) مجلة الأحكام العدلية (م ٩٤٨) .

(٥) تنوير الأبصار للتمرتاشى (١٢٨/٦)، تبيين الحقائق (١٨١/٥) .

(٣) اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره.[1]

(٤) حمل الغير على أمر يكرهه ولايريد مباشرته لولا الحمل عليه.[2]

والذى أراه أن التعريف الأول أوضح دلالة وأدق فى التعبير عن مفهوم الاكراه الذى نريد بيان أحكامه فى هذا المقام وهو الاكراه على اتلاف الأموال ومايترتب عليه من ضمان مالى وذلك لتقييد الاكراه فى التعريف بقوله : " بحق " . لأن الاكراه بحق لايمنع نفاذ ماأكره عليه المرء بخلاف الاكراه بغير حق ،يقول ابن عابدين[3] : " لأن الاكراه بحق لايُعْدِمُ الاختيار كالعِنّين اذا أكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة،والمديون اذا أكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه " .

ويقول الدردير[4] : " ومذهب المدونة الذى به الفتوى أن الاكراه الشرعى طوع يقع به الطلاق جزما خلافا للمغيرة،كما لو حلف بالطلاق لاخرجت زوجته،فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر،وكما لو حلف فى نصف عبد يملكه لاباعه،فأعتقه شريكه،فقوم عليه نصيب الحالف وكمل به عتق الشريك".

وقوله فى التعريف الأول : " اجبار أحد على أن يعمل عملا" هذا العمل يشمل الأقوال والأفعال اذ الأقوال قد تكون عمل لسانيا كالتلفظ بالاقرار والعقد،والتلفظ بكلمة الكفر والقذف ونحو ذلك .

وقوله : " من دون رضاه" قيد احترازى يفيد أن مالايُعْدِم الرِّضَا فليس باكراه وعدم الرضا معتبر فى الاكراه بنوعيه عند الحنفية وهو محل اتفاق الفقهاء على ماسيأتى تفصيله ان شاء الله تعالى .

---

(١) تبيين الحقائق (١٨٢/٥)، الهداية (٢٣٣/٩)،كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .

(٢) كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .

وانظر تعريفات آخرى للاكراه فى : التلويح على التوضيح (٨٢٠/٢) ، التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٠٧/٢)،تعريفات الجرجانى (ص ١٩) ، كنز الدقائق للنسفى (١٨١/٥)،فتح البارى لابن حجر (١٤٩/٢٦)،روضة القضاة للسمنانى المجلد الثانى (ص ١٢٨٠) .

(٣) رد المحتار (١٢٨/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٣٦٧/٢)،وراجع جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، أحكام القرآن لابن العربى (١١٨٢/٣)،كشاف القناع (٢٦٥/٥)، المغنى (٣٨٣/٧)،جامع العلوم والحكم (١٩٩/٣) .

المطلب الثانى : أنواع الاكراه

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى تقسيم الاكراه على مذهبين :

المذهب الأول للحنفية (١) :

وهو أن الاكراه على نوعين :

(النوع الأول) الاكراه المُلْجِىء : وهو ماكان التهديد فيه باتلاف نفس أو عضو أو مايفضى الى أحدهما .

ويطلقون على هذا النوع الاكراه الكامل وقد عرفوه بأنه : " مايعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار" .

(النوع الثانى) الاكراه غير الملجىء : وهو ماكان الحمل فيه بأمر لايخاف منه على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب أو القيد أو الحبس .

ويطلقون على هذا النوع الاكراه الناقص أو القاصر وقد عرَّفُوه بأنه : " مايُعْدِم الرضا ولايوجب الالجاء ولايفسد الاختيار" .

وقد جاء فى درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢) : "فالحاصل أن عدم الرضا معتبر فى جميع صور الاكراه وأصل الاختيار ثابت فى جميع الصور لكن فى بعض الصور يُفْسِدُ الاختيار وفى بعضها لايُفْسِدُه" .

وحقيقة الاختيار عَبَّرَ عنها ابن نجيم بقوله : " القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم يترجح أحد جانبيه عن الآخر فان استقل الفاعل فى قصده فصحيح والا ففاسد" (٣) .

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩)،تنوير الأبصار ورد المحتار (١٢٨/٦ - ١٢٩ ، ١٣٥)،درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)،نتائج الأفكار (٢٣٣/٩) ، فتح الغفار (١١٩/٣)،تبيين الحقائق (١٨١/٥)،التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٠٧/٢)، المغنى فى أصول الفقه (ص ٣٩٨) .

(٢) (٢٦٩/٢) .

(٣) فتح الغفار (١١٩/٣) .

وقد ذكر بعض الحنفية نوعا ثالثا من أنواع الاكراه قال فخر الاسلام البزدوى : " الاكراه ثلاثة أنواع - فذكر منها النوعين اللذين ذكرناهما آنفا ثم ذكر نوعا ثالثا : وهو مالايعدم الرضا مثل أن يهتم بحبس أبيه أو ولده ومايجرى مجراه " (١) .

وهذا الذى عده البزدوى نوعا ثالثا عَدّه ابن نجيم (٢) داخلا تحت قسم الاكراه غيرالملجىء .

كما أن صاحب كشف الأسرار لم يرتض ماقاله البزدوى فأورد تعريفا لشمس الأئمة السرخسى يتناول النوعين الأولين واعتمده ،ثم قال : " ولم يُدْخِل فيه القسم الثالث الذى ذُكِرَ فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه " (٣) .

وماذهب اليه صاحب كشف الأسرار أكده قاضى زاده بقوله : " فاعلم أن الشائع المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الاكراه نوعان : نوع يُعْدِم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الاكراه الملجىء،ونوع يُعْدِم الرضا ولايفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الاكراه الغير ملجىء ... وأن القسم الثالث من الأقسام المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى ... وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ماترتبت عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا ستر ماوقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى " (٤) .

---

(١) أصول البزدوى (٣٨٤/٤) .
(٢) فتح الغفار (١١٩/٣) .
(٣) كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .
(٤) نتائج الأفكار (٢٣٣/٩ - ٢٣٤) .

وقد بنى الحنفية على تنويعهم الاكراه الى نوعين بعض الأحكام[1] نذكر منها :

(١) كل ماكان محرما يرخص به عند الاكراه الملجىء .

(٢) أن الاكراه غير الملجىء لايؤثر الا فى تَصَرُّف يُحْتَاجُ فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار فلو أن شخصا باع أو أقر مكرها باكراه غير ملجىء لم ينفذ بيعه ولم يصح اقراره بخلاف الملجىء فيؤثر فى كل تصرف سواء احتاج الى الرضا أو لم يحتج اليه .

(٣) يقتصر حكم الفعل على الفاعل فى الاكراه غيرالملجىء فلايتعداه الى المُكْرِه لعدم مايفسد الاختيار فيضمن الفاعل ماأتلفه من مال أو غيره باكراه غير ملجىء . بينما فى الاكراه الملجىء يضاف الفعل الى الحامل المُكْرِه فيصير كأنه فعله بنفسه وكأن المحمول المُكْرَه آلة له وذلك مختص بما يصلح أن يكون آلةله كاتلاف النفس والمال أما فيما لايصلح أن يكون آلة له فيه فانه يقتصر الحكم على الفاعل المُكْرِه فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحد .

المذهب الثانى لجمهور الفقهاء[2] :

من المالكية والشافعية والحنابلة وهو أن الاكراه نوع واحد وهو مايتحقق به الاضافة والحَمْلُ على الفعل . ولم يفرقوا بين أن تكون وسيلة الحمل تتناول النفس أو العضو أو غير ذلك كما فعل الحنفية .

---

(١) انظر فى ذلك : الدر المختار (١٣٥/٦)،فتح الغفار (١٢٢/٣)، الهداية (٢٤٣/٩)، المغنى فى أصول الفقه للخبازى (ص ٤٠٠)،بدائع الصنائع (٤٤٨٧/٩)، التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣١٢/٢، ٣١٥)،تبيين الحقائق (١٨١/٥، ١٨٦) .

(٢) راجع ذلك فى الشرح الكبير (٣٦٨/٢)،جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، أحكام القرآن لابن العربى (١١٧٧/٣)، الأم (٢١٠/٣)،مغنى المحتاج (٢٩٠/٣) ، شرح منتهى الارادات (٥٧٠/٣)، المقنع وحاشيته (١٣٤/٣ - ١٣٥)، الانصاف (٤٣٩/٨)، المحلى (٢٥٩/٩) .

فاذا أَكْرَهَ شخص شخصا آخر على قول أو فعل وقالوا بعدم ترتب أى أثر على قوله أو فعله هذا، فوسيلة الاكراه فى هذه الحال عند جمهور الفقهاء سواء .

فالاكراه بالحبس والضرب كالاكراه بالقتل والقطع عندهم فَحَدُّ الاكراه عندهم اذاً هو كما يقول الامام الشافعى رحمه الله : " والاكراه أن يصير الرجل فى يدى من لايقدر على الامتناع منه من سلطان ، أو لص ، أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المُكْرَه يخاف خوفا عليه دلالة ، أنه ان امتنع من قول ما أمر به يَبْلُغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو اتلاف نفسه فاذا خاف هذا سقط عنه حكم ما أكره عليه "(١) .

واشترط بعض الشافعية وهو وجه صححه النووى التناسب بين الوسيلة التى أكره بها وبين الفعل المُكْرَه عليه فقد جاء فى روضة الطالبين : "لايشترط سقوط الاختيار بل اذا أكرهه على فعل يُؤْثِر العاقل الاقدام عليه حذرا مما تتهدده به حصل الاكراه فعلى هذا ينظر فيما طلبه منه وهدد به فقد يكون الشئ اكراها فى مطلوب دون مطلوب ، وفى شخص دون شخص . فان كان الاكراه على الطلاق ، حصل بالقطع وبالتخويف بالحبس الطويل ، وبتخويف ذوى المروءة بالصفع فى الملأ وتسويد الوجه والطواف به فى السوق ... وان كان الاكراه على قتل : فالتخويف بالحبس وقتل الولد واتلاف المال ليس اكراها ، وان كان الاكراه على اتلاف مال :فالتخويف بجميع ذلك اكراه "(٢) .

وقال ابن اللَّحام من الحنابلة بعد أن ذكر طائفة من الفروع الفقهية : " حيث قلنا "لايترتب على فعل المُكْرَه أو قوله شئ" فما صفة الاكراه المانع من الترتب ؟ اختلفت الرواية عن الامام أحمد رضى الله عنه فى ذلك فالذى نقله الجماعة عنه : أن ذلك هو الضرب والحبس أو أخذ

---

(١) الأم (٢١٠/٣) .
(٢) (٥٩/٨ – ٦٠) .

المال نص على ذلك فى رواية حنبل ،وصالح،والحسن بن ثواب ،وحرب والأثرم ،وأبى طالب ،وأبى عبدالله النيسابورى . وعنه رواية أخرى : أن التوعد بذلك اكراه اذا خاف أنه يفعل به ماتوعده به نص عليه فى رواية ابن منصور فقال حد الاكراه : اذا خاف القتل أو ضربا شديدا" .

وقال : " قال القاضى فى الجامع الكبير : الضرب والحبس والقيد مختلف باختلاف المكره فان من الناس الذين لايتألمون بالضرب والحبس والقيد فلااكراه له : بالقتل وأخذ المال لاغير فأما الضرب والحبس فان هؤلاء لايعدونه اكراها بل يجدون للضرب حلاوة .وان كان من أهل المروءات: فالضرب والحبس والقيد اكراه فى حقهم لأن هذا فيهم كالقتل والقطع وأخذ المال فى الحين واستحسنه ابن عقيل " (١) .

هذا وقد يلتبس الأمر على الباحث فى كتب الأصوليين من الجمهور عند ذكرهم للالجاء وهو الذى لايبقى للشخص معه قدرة ولااختيار فيخرج به الى حد الاضطرار ويصير نسبة مايصدر عنه من الفعل اليه كنسبة حركة المرتعش اليه وذلك كمن يحمل فيضرب به غيره من نفس أو مال فيتلفه فهو فى هذه الحالة مسلوب القدرة والاختيار حتى صار كآلة تحمل ويفعل بها حاملها ماشاء (٢) .

أقول قد يلتبس الأمر على الباحث فيظن أن هذا نوع من أنواع الاكراه لاسيما أن بعض الأصوليين من الشافعية قد اعتبره قسما من أقسام الاكراه فقال : " وكلام الامام وأتباعه صريح فى أن الملجأ قسم من المكره وكلام المصنف لاينافى ذلك لما اشتهر من جواز ذكر العام بعد الخاص " (٣) .

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٧ - ٤٩) .

(٢) شرح المحلي على جمع الجوامع (١/٧٠،٧٢)، الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى (١/١٥٤)،شرح الكوكب المنير (١/٥٠٩)، المختصر فى أصول الفقه لابن اللحام (ص ٦٩) .

(٣) انظر هذا القول فى تقريرات الشربينى على شرح المحلى على متن جمع الجوامع وحاشية العطار على شرح المحلى كلاهما (١/١٠٢)،وراجع مثله أيضا فى نهاية السول للاسنوى (١/١٣٨) وقد جعل الالجاء أعلى درجات الاكراه فقال : "الاكراه قد ينتهى الى حد الالجاء وهو الذى لايبقى للشخص معه قدرة ولااختيار كالالقاء من شاهق " .

ولَكنّ هذا قول ضعيف رَدّه الشربينى بقوله : " كلام لامنشأ له الا عدم الاعتناء بتحرير المطلب كيف وقد عرفت أن الالجاء يزيل الرضا والاختيار معاً بخلاف الاكراه فانه انما يزيل الرضا فقط " (١) .

وقد بَيّنَ العطّار من الشافعية أيضا خطأ نسبة هذا القول الى الشافعية فقال : " لاخفاء فى أن كلام الشارح فى تعريف الملجأ وتعريف المكره صريح فى تغايرهما وهو أيضا صريح كلام المصنف فى منع الموانع فانه جعل المراتب ثلاثا كلّ منها أبعد مما تليها على ترتيبها فى المتن قال : فأبعدها تكليف الغافل فانه لايدرى ،ويتلوها تكليف الملجأ فانه يدرى ولكن لامندوحة عن الفعل ويتلوها المكره فانه يدرى وله مندوحة بالصبرعما أكره عليه " (٢) .

وماقاله العطار هو الذى يفهم من قول المصنف التاج السبكى فى جمع الجوامع فقد قال : " والصواب امتناع تكليف الغافل والملجأ وكذا المكره " (٣) .

فقد جعل الالجاء غير الاكراه.

ويشهد لذلك أيضا قول ابن العربى من المالكية : " ولايتحقق اسم المُكْرَه الالمن قدر على الشىء ومن خلق الله فيه فعلا لم يكن له عليه قُدْرَة كالمرتعش والمحموم لايسمى مضطرا ولاملجأ " (٤) .

وبناء على ذلك فالذى أراه – والله أعلم –أن الالجاء أقوى تأثيرا من الاكراه فيأخذ أحكامه من باب أولى عند جمهور الفقهاء . وعند الحنفية يأخذ أحكام الاكراه الملجىء حيث أنهم يَعُدُّونَ التهديد باتلاف النفس أو العضو ملجئا لأنه يَفْسُد به الاختيار على حَدّ قولهم فمن باب

---

(١) تقريرات الشربينى على شرح المحلى (١٠٢/١) .
(٢) حاشية العطار على شرح المحلى (١٠٢/١) .
(٣) جمع الجوامع (٩٦/١) .
(٤) بدائع الصنائع (٤٤٨٧/٩)، العناية (٢٤٤/٩)،رد المحتار (١٣٦/٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧١/٢)،فتح الغفار (١٢٢/٣)،تبيين الحقائق (١٨٧/٥) .

أولى مايسلب الاختيار ويعدمه وقد نص الحنفية على أن المهدد بالقتل أو باتلاف عضو من أعضائه يكون كالآلة للمُكرِهْ وعلّلوا ذلك بأن المُكْرِه يمكنه أن يأخذ المُكْرَهْ ويلقيه على المال فيتلفه . فاذا كان الاكراه الملجىء عند الحنفية هو مايصير به المُكْرَه كالآلة بالنسبة للمُكْرِه فمن باب أولى مايصير به آلة حقيقية .

المطلب الثالث

وسائل الاكراه

الاكراه قد يكون بالفعل وقد يكون بالتهديد بالفعل وهذا قول الحنفية[1] والمالكية[2] وهو المذهب عند الحنابلة[3] والصحيح عند الشافعية[4] .

والمراد بالفعل أن يباشر الحامل المحمول بالضرب أو الحبس أو القيد أو غطّه فى الماء أو عصر ساقه وغير ذلك من وسائل الاكراه التى ذكرها الفقهاء رحمهم الله .

والمراد بالتهديد أن يتوعد الحاملُ المحمولَ ان لم يفعل ماطلبه منه أنه سيوقع به ماهدّده به من قتل أو قطع عضو أو ضرب أو حبس ونحو ذلك .

ولايخفى أن الاكراه بالفعل انما يتصور فيما دون النفس فقط لأنه اذا أراد اكراهه على فعل شئ فمن غير المعقول أن يعمد الى قتله قبل أن ينظر هل يقدم على هذا الفعل الذى أراد اكراهه عليه أو لا .

وهناك رواية عن الامام أحمد رحمه الله[5] ،وقول نسبه النووى الى[6] أبى اسحاق المروزى وهو أنّ مجرد التهديد بالفعل ليس اكراها ،فلايتحقق

---

(١) الدر المختار (١٢٩/٦) ، المبسوط (٤٦/٢٤) ، التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٠٧/٢) . ويلاحظ أن الحنفية لايعدونه ملجئا الا اذا كان متناولا النفس أو عضوا من الأعضاء بالاتلاف كما مر معنا .

(٢) حاشية الدسوقى (٣٦٨/٢) ، أحكام القرآن لابن العربى (١١٧٧/٣) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٩٠/١٠) .

(٣) الانصاف (٤٣٩/٨) ، المغنى (٣٨٣/٧) ، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٧،٩) ،شرح منتهى الارادات (٣٤٧/٣) .

(٤) روضة الطالبين (٥٨/٨) ،مغنى المحتاج (٢٩٠/٣) ،حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٢٥٨/٧) .

(٥) الانصاف (٤٣٩/٨) ، المغنى (٣٨٣/٧) ، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٧،٩) .

(٦) روضة الطالبين (٥٨/٨) .

الاكراه الا اذا مسّه بشئ من العذاب وهو الذى ورد الشرع بالرخصة معه فعمّار بن ياسر رضى الله عنه لم يُرَخّصْ له بالنطق بكلمة الكفر الا بعد أن مسّه المشركون بشئ من العذاب فقد ورد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمّار : " أخذوك فَغطّوكَ فى الماء" (١) .

فلم يرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمار بالنطق بكلمة الكفر الا بعد أن غَطّوه فى الماء ونال قسطا من العذاب فغيره يأخذ حكمه .

فلايثبت حكم الاكراه الا فيمن كان مثله أما مجرد التهديد بالفعل فليس باكراه .

وقد رجح ابن قدامة (٢) الرأى الأول واستدل بالمعقول وهو :

(١) آن فائدة ثبوت الرخصة للمُكْرَه فى الاقدام على فعل ما أكره عليه هو دفع مايتوعده به المُكْرِه من العقوبة فيما بعد، فما يمضى من العذاب لايندفع بفعل ما أكره عليه فلا يفيد ثبوت الرخصة فى هذه الحال شيئا .

(٢) أنه اذا ماتَوَعّدَه بالقتل وعلم أنه سيقتله ان لم يفعل ما أمره به ففى هذه الحالة ان لم يُبَحْ له فعل ما أكره عليه أفضى ذلك الى تعريض نفسه للقتل والقائه بيده الى التهلكة وهذا منهى عنه شرعا .

(٣) ثبوت الاكراه فى حق من نيل بشئ من العذاب كما ورد فى قصة عمار لايدل على انتفائه فى حق من هُدّدَ بالعذاب دون أن يناله شئ منه .

وقد اشترط الفقهاء رحمهم الله فى وسيلة الاكراه أن تكون مما يلحق المُكْرَه بها ضرر فى نفسه مثل اتلاف النفس أو العضو، أو ألم كالضرب وعصر

---

(١) قال ابن حجر : "أخرج عبدبن حميد من طريق ابن سيرين : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لقى عمار بن ياسر وهو يبكى فجعل يمسح الدموع عنه ويقول : أخذك المشركون فغطوك فى الماء حتى قلت لهم كذا ؟ ان عادوا فَعُدْ" قال ابن حجر : رجاله ثقات مع ارساله . انظر فتح البارئ (١٥٠/٢٦) .

(٢) المغنى (٣٨٣/٧ - ٣٨٤) ، وراجع كشاف القناع (٢٦٥/٥) .

الساق أو غمٍّ كالحبس ونحو ذلك وهذا هو قول الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) .

ولم يذكر الفقهاء للضرب والحبس والقيد حدا لايزاد فيه ولاينقص منه نظرا لاختلاف تأثير ذلك باختلاف الشخص المُكْرَه وانما المعتبر صيرورته خائفا على نفسه من جهة المُكرِه فى ايقاع ماهدد به ،يقول الزيلعى (٦) : "وقدرمايكون من الحبس اكراها مايجئ به الاغتمام البين ومن الضرب مايجد منه الألم الشديد وليس فى ذلك حد لايزاد عليه ولاينقص منه لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأى الامام لأنه يختلف باختلاف الناس فمنهم من لايتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شئ كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه " .

ويقول القرطبى : " وليس عند مالك وأصحابه فى الضرب والسجن توقيت انما هو ماكان يؤلم من الضرب وماكان من سجن يَدْخُل منه الضيّقَ على المُكْرَه (٧) " .

ويقول الشيرازى : " والاستخفاف بمن يَغُضّ منه ذلك من ذوى الأقدار لأنه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل فى حق من لايبالى به والاستخفاف بمن لايَغُضّ منه أو أخذ القليل من المال ممن لايتبين عليه

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٢٣٠)،فتح الغفار (٣/١١٩)، الدر المختار (٦/١٢٩ - ١٣٠)،بدائع الصنائع (٩/٤٤٧٩) .

(٢) جواهر الاكليل (١/٣٤٠)، الشرح الكبير (٢/٣٦٨)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٠/١٩٠) .

(٣) المهذب (٢/٩٩)،مغنى المحتاج (٣/٢٩٠) .

(٤) المغنى (٧/٣٨٤)، الانصاف (٨/٤٤٠)،كشاف القناع (٥/٢٦٦) .

(٥) المحلى (٩/٢٥٩) .

(٦) تبيين الحقائق (٥/١٨٢) .

(٧) الجامع لأحكام القرآن (١٠/١٩٠) .

أو الحبس القليل فليس باكراه " [١] .

ويقول ابن قدامة : " فأما الضرب اليسير فانكان فى حق من لايبالى فليس باكراه وان كان من ذوى المروءات على وجه يكون اخراقا بصاحبه وغضا له وشهرة فى حقه فهو كالضرب الكثير فى حق غيره " [٢] .

وذهب بعض الحنفية الى أن الضرب مقدر بأدنى الحد وهو أربعون سوطا قال ابن عابدين : " وُرِدَّ بأنه لاوجه للتقدير بالرأى والناس مختلفة فمنهم من يموت بأدنى منه فلاطريق سوى الرجوع الى رأى المُبتلى " [٣] .

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله فيما اذا هدده بأن يُلْحِقَ الضرر بأبيه أو ابنه أو ذا رحم مُحَرَّم عليه هل يعد ذلك اكراها أم لا على قولين :

القول الأول : هو اكراه وهذا قول الحنفية [٤] استحسانا، والصحيح عند الحنابلة [٥] وقول عند الشافعية [٦] ،وهو قول المالكية فى الولد خاصة [٧] ،وقول الظاهرية [٨] .

---

(١) المهذب (٩٩/٢) .

(٢) المغنى (٣٨٤/٧) ،وانظر كشاف القناع (٢٦٦/٥) .

(٣) رد المحتار على الدر المختار (١٣٣/٦) ،وانظر بدائع الصنائع (٤٤٧٩/٩) ، العناية على الهداية (٢٣٩/٩) .

(٤) التحرير وشرحه تيسير التحرير (٣٧٠/٢) ، المبسوط (١٤٣/٢٤ - ١٤٤) ،رد المحتار (١٣٠/٦) ويكون عندهم اكراها غير ملجىء بمعنى أنه لو أتلف مال غيره بمجرد تهديده بالحاق الضرر بأبيه أنه يضمن ولاشىء على المُكْرِه يقول السرخسى : " لو أكرهوه على أن يَسْتَهْلِك مال هذا الرجل أو يقتلون أباه فاستهلكه ضِمِنَه ولم يرجع به على المُكْرِه لأنه لم يصر ملجئا الى هذا الفعل حتى لم يَصِرْ خائفا على نفسه ولأن قتل أبيه أو ابنه يلحق الهم والحزن به بمنزلة الحبس والقيد فى نفسه ولو أُكْرِهَ بالحبس على القتل أو استهلاك المال اقتصر حكم الفعل عليه كذا هاهنا " . انظر المبسوط (١٤٢/٢٤) .

(٥) الانصاف (٤٤١/٨) ، المغنى (٣٨٤/٧) ، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٩) ،كشاف القناع (٢٦٥/٥) .

(٦) روضة الطالبين (٦٠/٨) ،مغنى المحتاج (١٠/٤) .

(٧) جواهر الاكليل (٣٤٠/١) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣٦٨/٢) .

(٨) المحلى لابن حزم (٢٥٩/٩) .

يقول السرخسى : " لأن حبس أبيه يُلْحِقُ به من الحزن مايُلْحِقُ به حبس نفسه أو أكثر فالولد اذا كان بارا يسعى فى تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم أنه يُحْبَسُ وربما يَدْخُل السجن مختارا ويحبس مكان أبيه ليَخْرُجَ أبوه فكما أن التهديد بالحبس فى حقه بعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه "(١) .

ويقول محمد أمين المعروف بأمير بادشاه : " والاستحسان أنه اكراه لأنه يلحقه من الحزن والهَمّ مايلحق بحبس نفسه أو أكثر "(٢) .

ويقول ابن قدامة : " لأن ذلك أعظم من آخذ ماله والوعيد بذلك اكراه فكذلك هاهنا "(٣) .

القول الثانى : ليس باكراه وهو قول الحنفية قياسا(٤) لأنه لم يهدده بشىء فى نفسه وحبس أبيه فى السجن لايلحق ضررا به . وهو قول عند الحنابلة أيضا(٥) .

---

(١) المبسوط (١٤٤/٢٤) .

(٢) تيسير التحرير (٣٠٧/٢) .

(٣) المغنى (٣٨٤/٧) .

(٤) المبسوط (١٤٢/٢٤ - ١٤٤)، تبيين الحقائق (١٨٢/٥)، تيسير التحرير (٣٠٧/٢)، رد المحتار (١٣٠/٦) .

(٥) الانصاف (٤٤١/٨)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٩)، المغنى (٣٨٤/٧) .

المطلب الرابع : شروط الاكــــراه

اشترط الفقهاء لتحقق الاكراه عدة شروط نذكرها فيما يلي :

الشرط الأول : كون الفعل أو التهديد بالفعل صادرا من مستطيع كالسُّلْطان أو اللِّص ولافرق بين السلطان وغيره بل المعتبر كون المُكْره متغلبا على أي صفة كان هذا التغلب وهذا قول الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) .

الامايروى عن أبي حنيفة رحمه الله وخالفه في ذلك صاحباه فقد روى عنه أنه لايتحقق الاكراه الامن السلطان لأن القدرة لاتكون بلامنعة ولامنعة الا للسلطان قال أصحابه : " هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن في زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة مايتحقق به الاكراه فأجاب بناء على ماشاهد،وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الأمر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل والفتوى على قولهما" (٦) . أي أن الفتوى على قول الصاحبين من أن الاكراه يحصل من كل متغلب .

وهذا الذي رُوِيَ عن أبي حنيفة رحمه الله مَرْوِيٌّ عن الامام أحمد رحمه الله قال ابن اللحام : " نَصَّ عليه في رواية الحسن بن ثواب " (٧) .

الشرط الثاني : كون الفعل المُكْرَه به مما يلحقه به ضرر في نفسه كاتلاف النفس أو العضو أو الضرب المؤلم أو الحبس الجالب للهَمِّ والغَمِّ

---

(١) الدر المختار (١٢٩/٦)،تبيين الحقائق (١٨١/٥)،درر الحكام (٢٧٠/٢).
(٢) حاشية الدسوقي (٣٦٨/٢)،أحكام القرآن لابن العربي (١١٧٧/٣) .
(٣) المهذب (٩٩/٢)،روضة الطالبين (٥٨/٨)،الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٠٩) . وزاد الشافعية وكون المُكْرَه مغلوبا عاجزا عن الدفع بفرار أو مقاومة أو استعانة بغيره .انظر روضة الطالبين (٥٨/٨) ، مغني المحتاج (٢٨٩/٣) .
(٤) المغني (٣٨٤/٧)،الانصاف (٤٤٠/٨)،القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٨)، كشاف القناع (٢٦٦/٥) .
(٥) المحلى لابن حزم (٢٦٩/٩) .
(٦) رد المحتار (١٢٩/٦) وانظر تبيين الحقائق (١٨٢/٥)،درر الحكام (٢٧٠/٢) الهداية (٢٣٣/٩)،العناية (٢٣٣/٩)،بدائع الصنائع (٤٤٨٠/٩)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ١٢٧٩) .
(٧) القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٨)،وانظر الانصاف (٤٣٩/٨) .

ونحو ذلك وقد سبقت الاشارة الى هذا الشرط في وسيلة الاكراه .

الشرط الثالث : خوف الفاعل من وقوع ماهدّد به الحامل وذلك بأن يغلب على ظنه أنه بفعله يصير محمولا على مادعى اليه من فعل ومباشرة وهذا عند جميع الفقهاء من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) .

الشرط الرابع : كون الفاعل ممتنعا عمّا أكره عليه لِحَقّ نفسه كبيع ماله أو اتلافه أو لِحَقّ شخص آخر كاتلاف مال الغير أو لِحَقّ الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما(٥) .

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)،فتح الغفار (١١٩/٣)، الدر المختار (١٢٩/٦)،كشف الأسرار (٣٨٢/٤) .

(٢) جواهر الاكليل (٣٤٠/١)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٩٠/١٠) .

(٣) روضة الطالبين (٥٨/٨)،مغني المحتاج (٢٨٩/٣)، المهذب (٩٩/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٠٩) .

(٤) المغني (٣٨٤/٧)، الانصاف (٤٤٠/٨)،كشاف القناع (٢٦٦/٥) .

(٥) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧٠/٢)،فتح الغفار (١١٩/٣)، الدر المختار (١٢٩/٦)،كشف الأسرار (٣٨٢/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٠٩) .

المبحث الثانى

مسؤولية المُكْرَه عن اتلاف المال ديانة وقضاءً

ذهب الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] وبعض الحنابلة[4] الى أن من أُكرِه على اتلاف مال غيره فانه يُرَخَّص له فى اتلافه ولايلحقه اثم بذلك . يقول ابن العربى[5] :"لمَّا سَمَحَ الله تعالى فى الكفر وهو أصل الشريعة عند الاكراه ولم يُؤاخِذ به حَمَلَ العلماء عليه فروع الشريعة فاذا وقع الاكراه عليها لم يؤاخذ به ولم يترتب عليه حكم" .

غير أن الحنفية قد قَصَرُوا الرخصة على الاكراه الملجئ، أما الاكراه غير الملجئ فلايُرَخَّص للمُكْرَه به فى اتلاف مال الغير وقد ذكرنا ذلك عندما تكلمنا على أنواع الاكراه عند الحنفية .

وذهب بعض الحنابلة الى أنه لايرخص للمُكْرَه فى اتلاف مال غيره ويأثم ان فعل .

والذى يؤيده الدليل هو ماذهب اليه أكثر الفقهاء من عدم مؤاخذة المُكْرَه فى الآخرة ان شاء الله تعالى لما رواه عبدالله بن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ان الله تجاوز لي عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[6] .

---

(١) الدر المختار (١٣٥/٦)، فتح الغفار (١٢٢/٣)، الهداية (٢٤٣/٩)، المغنى فى أصول الفقه للخبازى (ص ٤٠٠) .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى (١١٨٠/٣) .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٠٧)، المنثور فى القواعد للزركشى (١٨٨/١)، روضة الطالبين (١٤٢/٩) .

(٤) القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .

(٥) أحكام القرآن لابن العربى (١١٨٠/٣) .

(٦) رواه ابن ماجه (٦٥٩/٢) كتاب الطلاق باب (١٦) .
وابن حبان : موارد الظمآن الى زوائد ابن حبان للهيثمى (ص ٣٦٠) ، كتاب الحدود باب (٣) .
يقول ابن رجب عند هذا الحديث : " حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما"، وقال : "هذا الحديث خَرَّجَهُ ابن ماجه من طريق الأوزاعى عن عطاء عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم =

هذا عن مسئولية المُكْرَه ديانة أما مسئوليته عن ضمان ما أكره على اتلافه من أموال الغير قضاء فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله فى ذلك على ستة أقوال :

القول الأول : للحنفية (١) :

وهو أنه متى صلح المُكْرَه المتلف أن يكون آلة للمُكْرِه فان الفعل ينسب الى المُكْرِه الحامل له على التلف ،فان لم يصلح أن يكون آلة فانه ينسب الفعل وهو الاتلاف الى المُكْرَه لأنه هو المباشر .

قالوا : وانما يمكن نسبته الى الحامل المُكْرِه اذا أمكن أن يباشره بنفسه وذلك فى الأفعال كما اذا حمله على اتلاف مال فينسب الاتلاف الى الحامل لأنه يمكن أن يباشر الاتلاف بنفسه وذلك بأن يجعل من المُكْرَه المحمول آلة له يحمله فيلقيه فى مال انسان فيتلفه .

واستثنى بعض الحنفية من الأفعال ما اذا أكرهه على أكل الطعام أو شربه فان الضمان فى هذه الحالة يكون على المُكْرَه المحمول لا على الحامل لأن الانسان لايمكن أن يأكل أو يشرب بفم غيره فلا يكون المحمول صالحا لأن يكون آلة للحامل .

ولأن منفعة الأكل والشرب تحصل للمحمول الآكل دون الحامل فكان

= وخرجه ابن حبان فى صحيحه والدارقطنى وعندهما عن الأوزاعى عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم . وهذا اسناد صحيح فى ظاهر الأمر ورواته كلهم محتج بهم فى الصحيحين وقد خرّجه الحاكم وقال : صحيح على شرطهما كذا قال . ولكن له عِلّة وقد أنكره الامام أحمد جدا وقال ليس يروى فيه الا عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا " . انظر جامع العلوم والحكم (١٨٣/٣).

(١) راجع فى ذلك تيسير التحرير (٣٠٨/٢،٣١٠ - ٣١١)،تبيين الحقائق (١٨١/٥،١٨٧)، الهداية (٢٤٣/٩ - ٢٤٤)، العناية (٢٤٤/٩)،درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٧١/٢)،رد المحتار (١٢٩/٦،١٣٥)،فتح الغفار (١٢١/٣ -١٢٢)،بدائع الصنائع (٤٤٨٧/٩)،كشف الأسرار (٣٨٦/٤)، المغنى فى أصول الفقه (ص ٤٠٢ - ٤٠٣)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ١٢٨٠).

كالاكراه على الزنا يجب القصر عليه لانتفاعه بالوطء[(١)] .

وذهب بعض الحنفية الى عدم التفريق بين الأكل والشرب وبين غيره لأنه وان حصلت للمحمول منفعة الأكل . فان الحامل قد صار غاصبا للطعام ثم مالكا له بالضمان ثم آذنا للمحمول بالأكل فيكون المحمول قد أكله باذنه .

واستثنى هؤلاء ما اذا أكرهه على أكل طعام نفسه فأكله حال كونه جائعا فلارجوع على الحامل لأن المنفعة حصلت له ،أما اذا كان شبعان فعلى الحامل قيمته لعدم انتفاعه أى المحمول بالطعام بل يتضرر به لكونه على شبع .

هذا كله بالنسبة الى الأفعال التى يمكن أن يباشرها المتسبب بنفسه فينسب فيها فعل المُكْرَه المباشر اليه ويلزمه الضمان .

أما الأقوال التى لايصلح أن يكون المحمول فيها آلة للحامل فان المحمول فى هذه الحالة يتحمل مايترتب على هذا القول وحده وتلزمه الأحكام فيقع طلاقه وينفذ عتقه وهكذا . الا اذا ترتب على هذا القول اتلاف مال وكان الاكراه ملجئا ففى هذه الحالة يضمن الحامل المُكْرِه للمحمول ماأتلفه بقوله المكره عليه وذلك مثل مالو أكرهه على الطلاق قبل الدخول فَطَلَّقَ فان الطلاق يقع ويرجع المحمول على الحامل بما تلف عليه من صداق أخذته المرأة ،وكذا لو أكرهه على عتق عبده فانه يكون بذلك قد أتلف عليه قيمة هذا العبد فيضمن الحامل للمحمول قيمة العبد والعتق نافذ[(٢)] .

---

(١) ينبغى ملاحظة أن المذهب على خلاف الحكم المقيس عليه حيث أن الامام أبا حنيفة رحمه الله ذهب الى وجوب الحد على الزانى المُكْرَه وخالفه فى ذلك الصاحبان فقالا لاحد عليه والفتوى على قولهما راجع تفصيل ذلك فى المبسوط (٥٩/٩)،رد المحتار (٢٩/٤) .

(٢) تيسير التحرير (٣٠٩/٢)،تبيين الحقائق (١٨١/٥،١٨٧)،رد المحتار (١٢٩/٦) .

القول الثانى :

ذهب بعض المالكية (١) والشافعية (٢) فى المذهب وأكثر الحنابلة (٣) وهو الصحيح من المذهب الى أن الضمان على المتسبب المُكْرِه .

وزاد من قال بهذا القول من الشافعية والحنابلة الى أن للمُسْتَحِق مطالبة المُتْلِف ويرجع به على من أكرهه لأنه معذور بذلك الفعل فلم يلزمه الضمان .

القول الثالث :

يرى بعض الشافعية (٤) وفريق من الحنابلة (٥) أن الضمان على المُكْرِه والمُكْرَه بالسوية كالشريكين .

القول الرابع :

يرى بعض الحنابلة أن الضمان على المباشر المُكْرَه فان كان جاهلا بالتحريم رجع على مكرهه وان كان عالما لم يرجع على الصحيح من المذهب (٦) .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى (١٢٩٨/٣)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٦٩/١٢)، الفروق (٢٧/٤) .

(٢) روضة الطالبين (١٤٢/٩)، الوجيز للغزالى (٢٠٦/١)، مغنى المحتاج (١٠/٤)، حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٢٥٨/٧)، (٣٨/٨)، المنثور فى القواعد (١٩٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٢٠٤) .

(٣) شرح منتهى الارادات (٤٢٤/٢)، كشاف القناع (١٢٨/٤)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، الانصاف (٢١٦/٦)، المبدع (١٩٠/٥)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٣)، المقنع وحاشيته (٢٥٢/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .

(٤) روضة الطالبين (١٤٢/٩) .

(٥) الانصاف (٢١٧/٦)، المبدع (١٩٠/٥)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٤٣) .

(٦) الانصاف (٢١٧/٦)، المبدع (١٩٠/٥) .

القول الخامس :

وهو المذهب عند المالكية أن الضمان على المُكْرَه المباشر تقديما للمباشرة على التسبب الا اذا كان المُكْرَه المباشر عديما أو لم يقدر المُسْتَحِق على تغريمه ففى هذه الحال يكون الضمان على المُكرِه المتسبب ومن غرم منهما لايرجع على الآخر بشئ (١) .

القول السادس : للظاهرية (٢) :

وهو أن المُكْرَه على افساد مال الغير يلزمه ضمانه لأنه أتى محرما عليه اتيانه .

الا اذا كان هذا المال مما يؤكل أو يشرب فأكله أو شربه مكرها فلاشئ عليه ولاضمان اذا لم يكن له مال حاضر، وان كان له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل .

قالوا : لأن الأكل والشرب من مال الغير مما تبيحه الضرورة والمُكْرَه فى حكم المضطر .

وبعد انعام النظر فى أقوال الفقهاء تبين لى أن منشأ الخلاف بين الفقهاء هو أن المُكْرَه على اتلاف مال الغير هل يدخل تحت القاعدة المتفق عليها أوهو من مستثنياتها ؟

والقاعدة المتفق عليها بين الفقهاء : " انه اذا اجتمع سببان كالمباشرة والتسبب غُلِّبَتْ المباشرة على التسبب تقديما للمباشرة على التسبب لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض" (٣) .

فالحنفية : قد قالوا بالقاعدة ولكنهم استثنوا المكره اكراها ملجئا منها فالقاعدة عندهم : " يضاف الفعل الى الفاعل ،لاالى الآمر

---

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل وحاشية العدوى عليه (١٣٢/٦)، التاج والاكليل (٢٧٧/٥ - ٢٧٨) ،منح الجليل (٥١١/٣) .

(٢) المحلى (٢٥٩/٩ - ٢٦٠) .

(٣) الفروق (٢٠٨/٢)، القواعد لابن رجب (ص ٢٨٥)، المنثور فى القواعد للزركشى (١٣٣/١) ،شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٩).

مالم يكن مجبرا " .

يقول الشيخ أحمد الزرقاء فى شرحه لهذه القاعدة : " ثم انما ينسب حكم الفعل الى الفاعل دون الآمر مالم يكن الآمر مُجْبِراً أى مُكْرِهاً للفاعل على الفعل فاذا كان مُكْرِها له عليه فحينئذ تنسب مايمكن نسبته من حكم الفعل اليه لاالى الفاعل لأن الفاعل بالاكراه صار كالآلة فى يد المُكْرِه . فلو أمر انسان غيره باتلاف أو تعييبه أو بقطع عضو محترم أو بقتل نفس معصومة ففعل فالضمان والقصاص على الفاعل لاعلى الآمر الا اذا كان الآمر مُجْبِراً أومكرها للفاعل على الفعل فالضمان والقصاص يكونان عليه حينئذ اذا كان اكراهه بملجئ . ولامعتبر بغير الملجئ فى مثل هذا لأنه من التصرفات الفعلية" (١) .

فالمُكْرَه عندهم مستثنى من القاعدة .

وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب القول الثانى فانهم اعتبروا المُكْرَه مما يستثنى من القاعدة لأن مباشرة المُكْرَه مبنية على السبب وناشئة عنه فلولا الاكراه لم يحصل الاتلاف وفى ذلك يقول ابن رجب الحنبلى : "اذا استند اتلاف أموال الآدميين ونفوسهم الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب الاأن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة اليه أو غيرملجئة ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لاعدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان " (٢) .

الى أن قال : " ومنها المُكْرَه على اتلاف مال الغيروفى الضمان وجهان : أحدهما أنه على المُكْرِه وحده لكن للمستحق مطالبة المُتْلِف ويرجع به على المُكْرِه لأنه معذور فى ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان " (٣) .

وأما حجة من قال بأن الضمان بينهما كالشريكين وهم أصحاب القول الثالث فليس منشؤه تضمين المتلف لأنه مباشر بل لأنه آثم بالاتلاف كما أثم المُكْرِه الحامل له على الاتلاف وحيث اشتركا فى الاثم فانهما يشتركان فى

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء (ص ٣٧٥) .

(٢) القواعد فى الفقه الاسلامى (ص ٢٨٥) .

(٣) المرجع نفسه (ص ٢٨٦) .

الضمـــــان .(١)

وقد ذكرنا القول الراجح فى حكم اتلاف المُكْرَه لمال غيره ديانة ولو سلمنا بأنه آثم فلا يلزم من ترتب الاثم على الفعل لزوم الضمان .

أما قول الظاهرية بأن المُكْرَه كالمضطر فقياس ضعيف لأنه المضطر لم يلجئه الى الاتلاف من يحال اليه الضمان .

والذى يظهر لى رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى الذى يقول بتضمين المتسبب المُكْرِه على الاتلاف لأن المُكْرَه المحمول على الاتلاف لم يكن ليفعل ذلك لولا الاكراه فكان عليه أن يحفظ نفسه ويفتديها بالمال لأن حرمة النفس فوق حرمة المال . لاسيما وان كان الاكراه له بتهديده باتلاف نفسه أو عضو من أعضائه فان صاحب المال فى هذه الحال ربما يجعل ماله صيانة لنفس الغير أو طرفه .

ولأن المباشرة فى حالة الاكراه مغمورة والتسبب أقوى منها فيلزم عدم تغليب المباشرة واستثناء حال الاكراه من القاعدة الفقهية المتفق عليها لأننا لو عملنا بها فى باب الاكراه لانفتح بذلك علينا باب شر واسع وذلك بلجوء الظلمة والطغاة والمتغلبين الى التسبب بالاكراه دون المباشرة فى الاعتداء على أموال الناس للتهرب من ضمانها والحاقه بالمُكْرَه الضعيف الذى لاحول له ولاقوة يدفع بها ظلم الظالم والشريعة الاسلامية تأبى ذلك ولو لم يكن ذلك الا من باب سد الذرائع لكفى .

ولايخفى أن محل هذا الرأى عند تحقق الاكراه بشروطه الشرعية المشار اليها فى المطلب الرابع من المبحث الأول من هذا الفصل . والله أعلم .

---

(١) القواعد فى الفقه الاسلامى (ص ٢٨٦) .

الفصل الثالث

تلف الأموال بفعل المضطر

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

الاضطرار الى طعام الغير

لاخلاف بين الفقهاء رحمهم الله فى أن من خاف على نفسه الهلاك أو المرض أو الضياع بحيث يضعف بسبب الجوع وينقطع عن رفقته ولم يجد الا طعام الغير فانه يباح له أن يتناول منه مايَسُدُّ به رمقه وأصل ذلك أنه يجب على المضطر شرعا طلب حقّه فى ذلك لدفع الهلاك عن نفسه فى حالة اضطراره (١) .

يقول أبو محمد بن حزم : " فالمضطر فَرْضٌ عليه أن يسأل مايقوته هو وأهله مما لابد لهم منه من أكل وسكنى وكسوة ومعونة فان لم يفعل فهو ظالم فان مات فى تلك الحال فهو قاتل نفسه " (٢) .

ويترتب على ذلك : أنه يتعين على صاحب الطعام تقديمه اليه اذا لم يكن هناك غيره ولم يكن بحاجة اليه ،فان منعه منه كان للمضطر مقاتلته وأخذه منه قهرا ،يقول القرطبى : " قال أبو عمر : وجملة القول فى ذلك أن المسلم اذا تعين عليه رَد رَمَقِ مهجة المسلم ،وتَوَجَّه الفرض فى ذلك ،بأن لايكون هناك غيره ،قُضِيَ عليه بترميق تلك المهجة الآدمية ،وكان

---

(١) أحكام القرآن للجصاص (١٦٠/١) ، الفتاوى الهندية (٣٧٧/٥) ، الفتاوى البزازية (٣٦٦،١٨٧/٦) ،درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٤/١) ، الجامع لأحكام القرآن (٢٢٥/٢) ، التاج والاكليل (٢٣٤/٣) ، الفواكه الدوانى (٣٧٧/٢) ، المجموع (٣٧،٣٤/٩) ، المغنى (٤٢١،٤١٥/٩) ،شرح منتهى الارادات (٤٠٠/٣) ،كشاف القناع (١٩٧/٦) ، التنقيح (ص ٣٨٥) ،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٧٥/٢٨ ـ ٧٦) ، (١٩١/٢٩) ،مغنى المحتاج (٣٠٨/٤) ، الأم (٢٢٥/٢) .

(٢) المحلى (١٤٣/١٠) .

للممنوع منه مَالَهُ ،من ذلك محاربة من مَنَعَهُ ومقاتلته وان أتى ذلك على نفسه ... ولاخلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم فى وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب والتلف بالشئ اليسير الذى لامضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة" (١) .

واذا واجب على صاحب الطعام بذله للمضطر اليه فان الفقهاء من الشافعية (٢) والحنابلة (٣) قد نَصُّوا على أنه اذا لم يبذله له مجانا فان لم يُقَدِّر العوض فانه يلزم المضطر البدل وهو مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا .

وان قَدَّر العوض : فان كان المقدر ثمن المثل فالبيع صحيح . وان كان أكثر من ثمن المثل لم يلزمه الاثمن المثل عند الحنابلة ووجه عند الشافعية صححه الرويانى ،وهناك وجهان آخران :

(أحدهما) يلزمه المسمى لأنه التزمه بعقد لازم قال النووى : وهذا عند القاضى أبى الطيب ورمز اليه بأنه أصح الأوجه .

(الثانى) ان كانت الزيادة لاتشق على المضطر ليساره لزمته والافلا وقد اختار هذا الوجه الماوردى .

وذهب بعض الفقهاء مثل شيخ الاسلام ابن تيمية (٤) وتلميذه ابن القيم الى التفريق بين الغنى والفقير فاختارا وجوب البذل للفقير مجانا من غير عوض لوجوب المواساة واحياء النفوس ،يقول ابن القيم رحمه الله : "ويجب على صاحب المال بذل ذلك له اما بالثمن أو مجانا على الخلاف فى ذلك والصحيح وجوب بذله مجانا لوجوب المواساة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك والايثار بالفضل مع ضرورة المحتاج" (٥) .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٢/٢٢٥ - ٢٢٦) .

(٢) المجموع (٩/٣٨) ،مغنى المحتاج (٤/٣٠٩) .

(٣) شرح منتهى الارادات (٣/٤٠١) ،كشاف القناع (٦/١٩٧) ،المغنى (٩/٤٢١) ، الانصاف (١٠/٣٧٤ - ٣٧٥) ،مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٢٨/٧٥ - ٧٦) .

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/١٩١) .

(٥) اعلام الموقعين (٣/١١) .

وهذا القول قد استحسنه ابن رجب من الحنابلة فقال : " واختيار الشيخ تقى الدين أن المضطر ان كان فقيرا وجب بذله له مجانا لأن اطعامه فرض كفاية لايجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى فان الواجب معاوضته فقط وهذا حسن "(١) .

هذا فى حال ما اذا كان صاحب الطعام حاضرا . فان كان غائبا فأكل منه المضطر بغير اذنه لدفع الهلاك عن نفسه فقد ذهب جمهور الفقهاء أيضا الى أنه يلزمه دفع العوض للمالك ان كان معه فى الحال والالزمه فى ذمته وهذا قول الحنفية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) والمالكية(٥) فى القول المشهور .

وهناك قول آخر عند المالكية(٦) وهو أنه اذا كان فقيرا فلايلزمه دفع العوض لأن الدفع كان واجبا على المالك والواجب لايؤخذ له عوض وقد أخذ بهذا القول ابن حزم الظاهرى(٧) .

وقد رَدَّ القاضى عبدالوهاب من المالكية هذا الرأى الذى يقضى بنفى الضمان المالى عن المضطر اذا لم يكن معه مال حاضر وقت الاتلاف فقال : "اذا اضطر الى طعام الغير ولاعوض معه فى الحال أخذه بعوض فى ذمته

---

(١) القواعد فى الفقه الاسلامى (ص ٢٢٨) .
(٢) بدائع الصنائع (٤٤٦٢/٩)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٣٨/٦) ، الفتاوى الهندية (٣٣٨/٥) .
(٣) المجموع (٣٨/٩)، قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (١٧٦/٢)، مغنى المحتاج (٣٠٨/٤ - ٣٠٩)، شرح النووى على صحيح مسلم (٢٩/١٢)، معالم السنن (٨٩/٣) .
(٤) شرح منتهى الارادات (٤٠٠/٣ -٤٠١)، كشاف القناع (١٩٧/٦)، المغنى (٤٢١/٩)، التنقيح (ص ٣٨٥)، القواعد (ص ٢٢٨) .
(٥) الفروق (١٩٦/١)، الاشراف على مسائل الخلاف (٢٥٨/٢) .
(٦) حاشية الدسوقى (١١٦/٢)، الفروق (١٩٦/١)، (٩/٤ - ١٠)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ١٩٤)، التاج والاكليل (٢٣٤/٣)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٧٩/١)، منح الجليل (٥٩٨/١ - ٥٩٩) .
(٧) المحلى (٢٥٩/٩) .

خلافاً لمن قال يأخذه بغير عوض لأن ذمة الانسان تجرى مجرى عين ماله فلما ثبت أنه لو كان واجدا للمال لم يجز أن يأكله الا بعوض يبذله كذلك اذا كان له ذمة " (١) .

وقال القرافى بعد أن اختار هذا القول : " لأن اذن المالك لم يوجد وانما وجد اذن صاحب الشرع وهو لايوجب سقوط الضمان وانما ينفى الاثم والمؤاخذة بالعقاب ولأن القاعدة : أن الملك اذا دار زواله بين المرتبة الدنيا والمرتبة العليا حمل على الدنيا استصحابا للملك بحسب الامكان وانتقال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال وهو أقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض " (٢) .

فالحاصل أن ترخيص الشارع واباحته استهلاك مال الغير بدون اذنه لداعى الضرورة لايُسقِطُ عن الفاعل المسئولية المالية ولايعفيه من ثبوت مثل ماأتلفه أو قيمته ديناً فى ذمته لمالكه فالأعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل ، والاباحة للاضطرار لاتنافى الضمان بخلاف اذن المالك (٣) وللقاعدة الفقهية "الاضطرار لايبطل حق الغير" يقول على حيدر عند شرح هذه القاعدة : " ان الاضطرار وان أباح للمضطر تناول واتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب ، لايكون سببا للخلاص من الضمان ... وهنا اذا اعتُرِضَ بقاعدة الضرورات مادامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان فردا على ذلك نقول : القصد من الاباحة هذه انما هو تجويز اتلاف المال بدون رضا صاحبه ، وأن لايُعدُّ الفاعل غاصبا ، الا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الاباحة لاتكون سببا لضياع الحقوق على ذويها " (٤) .

وبهذا يتبين لنا قوة ماذهب اليه جمهور الفقهاء من لزوم الضمان على المضطر اذا طالبه المالك بالضمان سواء كان المضطر غنيا أم فقيرا

---

(١) الاشراف على مسائل الخلاف (٢٨٥/٢) .

(٢) الفروق (١٩٦/١) .

(٣) رد المحتار (٣٨٨/٦) ، مغنى المحتاج (٣٠٩/٤) ، شرح منتهى الارادات (٤٠١/٣) ، كشاف القناع (١٩٧/٦) .

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٨/١ - ٣٩) .

الا أنه يلزمه انظار المعسر لقوله تعالى : " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ "(١) ،فهذه الآية دليل على وجوب انظار المعسر مما يدل على أنه لايجب اسقاط مافى ذمته الا أن ذلك أمر مُرَغَّبٌ فيه بين المسلمين فقد قال تعالى فى آخر الآية : " وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ "(٢) .

---

(١) البقرة : ٢٨٠

(٢) البقرة : ٢٨٠

المبحث الثاني

الاضطرار الى اتلاف بعض المال لصيانة الباقي

يحصل أحيانا حريق كبير فى منازل أو خيام ونحو ذلك فيضطر الناس الى هدم بعض المنازل أو اتلاف بعض الخيام لمنع سريان الحريق الى الباقي حيث أنهم ان لم يفعلوا ذلك يتلف الجميع .

ومثل ذلك أيضا لو أشرفت سفينة على الغرق وفيها أمتعة وأموال لغير واحد فيضطر الركاب الى القاء بعض الأمتعة والأموال فى البحر لصيانة الباقي وهذا أمر لاخلاف بين الفقهاء فى جوازه دفعا لأعظم المفسدتين بارتكاب أدناهما.

ولاخلاف بينهم كذلك فى لزوم ضمان المال المتلف لأنه وكما ذكرنا فى المبحث السابق وان جاز للمضطر اتلاف مال الغير شرعا فان هذا الجواز انما يسقط عنه الاثم ولايعفيه من الضمان المالى لأن الاضطرار لايبطل حق الغير .

وان كان ابن حزم الظاهرى قد خالف فى ذلك فذهب الى أن من خاف العطب فألقى متاع غيره بغير اذنه فلا ضمان عليه لأن من فى السفينة من الآدميين مأمورون بتخليص أنفسهم ومن فعل ما أمر به فهو محسن وما على المحسنين من سبيل (١) .

ولكن هذا لايسلم لابن حزم ويمكن أن يجاب عنه بما ذكره الشيخ على حيدر بقوله : "القصد من الاباحة هذه انما هو تجويز اتلاف المال بدون رضا صاحبه ، وأن لايعد الفاعل غاصبا ، الا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الاباحة لاتكون سببا لضياع الحقوق على ذويها" (٢) .

وحينما حصل اتفاق الفقهاء على ثبوت أصل الضمان فيما يتلف من مال الغير اختلفوا فيمن يتحمل هذا الضمان ويطالب به هل هو المتلف وحده أو يوزع على جميع المستفيدين عملا بالقاعدة الفقهية : "الغنم بالغرم" .

سوف نعرض رأى الفقهاء فى مسألة الطرح من السفن اذا هال البحر وخيف غرق السفينة وهى المسألة التى بحثها الفقهاء وغيرها مما شابهها يأخذ حكمها .

---

(١) المحلى (٣٣/٩) .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٩/١) .

فقد اتفق الفقهاء على أنه اذا حصل اتّفاق بين ركاب السفينة على الطّرح من الأموال التى على ظهر السفينة أنهم يشتركون فى ضمان المال المطروح ،ثم اختلفوا فى كيفية الضمان وهل هو على قدر الرؤوس أو على قدر الأموال (١) ٠

نَصّ الحنفية على أن الضمان يُوزّع بين الشركاء على قدر الرُّؤوس وهذا مخصوص فيما اذا خيف على الأنفس فقط ٠

أما اذا خيف على الأمتعة فقط كما اذا لم يُخَشَ على الأنفس وخشي على الأمتعة بأن كان الموضع لاتغرق فيه الأنفس وتتلف فيه الأمتعة فهى على قدر الأموال ٠

وان خيف على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما فمن كان غائبا وأذن بالالقاء اذا وقع ذلك اعتبر ماله لانفسه وان كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه ٠ ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه (٢) ٠

وذهب المالكية (٣) الى توزيع الضمان بين الشركاء على قدر مال التجارة فقط فيوزع ماطرح على مال التجارة فقط دون غيره كفُرُشِ الانسان وغطائه وزاده مما ليس للتجارة فيه مدخل لأن المقصود من ركوب البحر انما هو مال التجارة لانفس المركب ولاصاحبه ولا النّواتِيّة (٤) ولو عبيدً

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦/١٨٤،٢٧١)، النتف فى الفتاوى للسغدى (٢/٧٩١)، الفروق (٤/٨)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢/٢٩٠ - ٢٩١)، مغنى المحتاج (٤/٩٤)، روضة الطالبين (٩/٣٤١)، كشاف القناع (٤/١٤٦)، الانصاف (٥/٢٢١) ٠

(٢) رد المحتار (٦/٢٧١) ٠

(٣) الفروق (٤/٨)، تهذيب الفروق (٤/٢٤)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢/٢٩٠ - ٢٩١)، الفواكه الدوانى (٢/١٧٠) ٠

(٤) النّواتى : المَلاّحون فى البحر الواحد نُوتِي ٠ قال ابن فارس : "النون والواو والتاء ليس عندى أصلا على أنهم يقولون : نات - يَنُوتُ - ويَنِيتُ اذا تمايل من ضَعْف ٠ فاذا صح فلعل النُوتِي وهو الملاح منه" ٠ انظر فى ذلك معجم مقاييس اللغة (٥/٣٦٥)، ترتيب القاموس المحيط (٤/٤٥٦) ٠

ولا مايراد لِلقُنْيَة أو للنفقة لأن هذه كلها وسائل ولايرجع بالمقاصد الافى المقاصد ٠

هذا اذا كان فيها مال تجارة وغيره أما اذا لم يكن فيها مال تجارة وانما فيها ذوات الآدميين وغطاؤهم فيرمى الغطاء والوطاء ويوزع على باقى أموالهم ٠

وقد أفتى محمد بن ميسر أحد فقهاء المالكية بعدم التفريق بين مال التجارة ومال القُنْيَة فقد سأله يحيى بن عمر عن سفينة تقدم بلدة وفى السفينة تجارة لغيرهم فتجارٌ وغير تجارٍ أصابهم هول فى البحر وارتجاج عظيم فطرحوا بعض حمولة المركب منه ماطرح للتجارة ومنه ماطرح للقنية ؟ فأجاب : "فى كل ماسألت عنه ماطرح على وجه النجاة من الأمتعة وكانت لتجارة أو غيرها وماكان لكراء أو لم يكن فسبيلها واحد وهم شركاء فيما سلم وماطرح على قيمة رؤوس أموالهم فى الموضع الذى حملوا منه ٠ وليس على السفينة ولاعلى خدم المركب ولاعلى النّواتيَةِ ولاعلى الأحرار شئ وانما يكون على المتاع " ٠ (١)

وبناء على ذلك : فقد نص الحنفية (٢) على أن العبرة بقيمة المطروح هى القيمة مشرفا على الهلاك فان له قيمة وان قَلَّتْ لاحتمال النجاة ٠

وقال الشافعية (٣) : تعتبر قيمة المُلقَى حيث أوجبناها قُبيلَ هيجان البحر اذ لاقيمة له حينئذ ولاتجعل قيمته فى البحر مع الخطر كقيمته فى البَرِّ ٠

وقال المالكية : يشارك أهل المطروح من لم يطرح لهم شئ فيكون ماطرح وسلم لهم جميعا فى نمائه ونقصه بثمنه يوم الشراء ان اشتروا من موضع واحد بغير محاباة ٠

---

(١) المعيار المعرب (٣١١/٨) ٠ وانظر الفروق (١٠/٤) وقد جاء فيه : "مع أن الطرطوشى قال : القياس التسوية بين القنية والتجارة لأن العلة صون الأموال والكل يثقل السفينة" ٠

(٢) الدر المختار ورد المحتار عليه (١٨٤/٦) ٠

(٣) مغنى المحتاج (٩٤/٤)، نهاية المحتاج (٣٦٨/٧) ٠

فان اشتروا من مواضع أو اشترى بعضهم وطال زمن الشراء حتى تغيرت الأسواق اشتركوا بالقيم يوم الركوب دون يوم الشراء لأنه وقت الاختلاط [(١)] .

وكيفية المشاركة : أن يقال ماقيمة المطروح ؟ فاذا قيل مائة قيل : وماقيمة مالم يطرح ؟ فاذا قيل مئتان . صار قيمة الجميع ثلاثمائة فقد ضاع ثلث المال فَيُرْجَعُ على من لم يطرح ماله بثلث القيمة .

ولو قيل بعكس ماتقدم . بأن قيمة المطروح مئتان وقيمة مالم يطرح مائة رُجِعَ على من لم يطرح ماله بالثلثين. ولو كان اثنان لأحدهما مايساوى ثلاثمائة وللثانى مايساوى ستمائة وطرح من الأول مايساوى مائة ومن الثانى مايساوى مائتين فلارجوع لأحدهما على الآخر لأن ماطرح ثلث الجميع وعلى كل ثلث مابيده وقد حصل . ولو كان بالعكس فان طرح لذى الستمائة مايساوى مائة ولذى الثلاثمائة مايساوى مائتين لَرُجِعَ على ذى الستمائة بمائة وهكذا [(٢)] .

هذا كله اذا حصل اتفاق بين أصحاب الأمتعة على الطرح منها لكن لو لم يحصل اتفاق وتَصَرَّفَ أحدهم بالطرح من الأمتعة للتخفيف على السفينة الموقورة فهنا اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

لجمهور الفقهاء من الحنفية [(٣)] والشافعية [(٤)] والحنابلة [(٥)] فقالوا: اذا ألْقَىٰ متاع نفسه أو متاع غيره باذنه فلا ضمان على أحد .

وان ألقى متاع غيره بغير اذنه فعليه ضمانه لأنه أتلف مال غيره بغير رضاه .

---

(١) الفروق (٨/٤) .

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢٩١/٢) .

(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه (١٨٤/٦، ٢٧١)، النتف فى الفتاوى للسغدى (٧٩١/٢) .

(٤) روضة الطالبين (٣٣٨/٩ ـ ٣٣٩)، مغنى المحتاج (٩٢/٤ ـ ٩٣)، نهاية المحتاج (٣٦٧/٧) .

(٥) كشاف القناع (١٤٦/٤)، (٣٧٠/٣)، المغنى (٤٢٢/٤)، غاية المنتهى (١٠٥/٢)، شرح منتهى الارادات (٤٣٢/٢)، الانصاف (٢٢٠/٥)، القواعد لابن رجب (ص ٣٦) .

هذا اذا ألقى متاع غيره بنفسه أما لو طُلِبَ من مالكه أن يَطْرَحَ مَتَاعَه فى حالة الخوف فقد نَصَّ الشافعية والحنابلة على أن من التمس من غيره أن يلقى متاعه فى حالة الخوف فألقاه فان المُلْتَمِسَ يضمن لصاحب المتاع متاعه اذا التزم له بالضمان مثل أن يقول الق متاعك وعلى ضمانه .

واستثنى الشافعية من هذه الحالة ما اذا كانت المصلحة تعود الى صاحب المتاع فقط فقالوا : لاشىء على المُلْتَمِسْ .

واذا قلنا بضمان المُلْتَمِسْ فهل يضمن الجميع أو يضمن حصته فقط ؟ هذا يتوقف على كيفية التماسه جاء فى الاقناع وشرحه (١) : " وان قال ألقه فى البحر وأنا ضامن ضمن الآمر به الجميع وحده لأن ضمان مالم يجب صحيح . وان قال : ألقه فى البحر وأنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق ضمن الآمر وحده بالحِصَّة لأنه لم يضمن الجميع وانما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حِصَّتُه ولم يَسْرِ قوله على الباقين ،وان قال : ألقه فى البحر وكل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته ضمن أى لزم القائل وحده ضمان الجميع سواء كانوا أى ركبان السفينة يسمعون قوله فسكتوا أو قالوا لانفعل ،أو لم يسمعوا قوله لأن سكوتهم لايلزمهم به حق " .

القول الثانى :

للمالكية: فقد ذهبوا الى عدم التفريق بين من طرح متاع نفسه أو متاع غيره باذنه أو بغير اذنه قالوا : لأن الطارح صان بالمطروح مالهم والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح اذ ليس أحدهم بأولى من الآخر وهو سبب سلامة جميعهم (٢) .

---

(١) كشاف القناع (٣/٣٧٠) .

(٢) الفروق (٤/٨ – ٩) .

وقد علَّلَ الدكتور صلاح الدين الناهى قول المالكية هذا فى توزيع أعباء مخاطر البحار على كل الركاب سواء اتفقوا على الطرح أم لم يتفقوا بقوله : " أما قاعدة الفقه المالكى فصادرة عن الاقرار بعرف بحرى قديم وجده المسلمون متعارفا فى حوض البحر الأبيض المتوسط والبحار المجاورة له كالبحر الأحمر فَأَقَرُّوه لما فيه من عدالة فى توزيع أعباء مخاطر البحر والتجارة البحرية على كل ركاب السفينة نظرا لاستفادتهم جميعا من طرح البضاعة الزائدة انقاذا للسفينة وركابها وحمولتها بحيث يمكن القول بأن قاعدة طرح البحر تخضع لمبدأ الغرم بالغنم ولقواعد الكسب دون سبب "(1) ٠

القول الثالث : للظاهرية(2) :

وقد ذهبوا الى أن من خاف العطب فألقى متاع غيره بغير اذنه فلاضمان عليه لأن من فى السفينة من الآدميين مأمورون بتخليص أنفسهم ومن فعل ماأمر به فهو محسن وماعلى المحسنين من سبيل ٠

الاأنَّه يلزمه أن يبدأ برمى الأثقل فالأثقل الا اذا كان فى رمى الأثقل كُلْفَة يطول أمرها ويخاف غرق السفينة ويرجى الخلاص برمى الأخف رمى الأخف حينئذ ٠

وأما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما رمى من ذلك لايضمنه معه غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام"(3) ٠

---

(1) انظر تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى لكتاب النتف فى الفتاوى (٩٠٤/٢ - ٩٠٥) ٠

(2) المحلى (٣٣/٩)٠

(3) أخرجه البخارى (٣٥/١) كتاب العلم باب (٣٧)،ومسلم (١٣٠٦/٣) كتاب القسامة باب (٩) (٨٨٩/٢) كتاب الحج باب (١٩)،والترمذى (٤٦١/٤) ، كتاب الفتن باب (٢)،وابن ماجه (١٠١٥/٢)،كتاب المناسك باب (٧٦) ، والامام أحمد فى المسند (٢٣٠/١) ٠

وبعد عرض أقوال الفقهاء وامعان النظر فيها نجد أنهم متفقون على أصل الضمان وأنه لايذهب مال هدرا على صاحبه ولو فى حال الضرورة الاقول ابن حزم الظاهرى وهو قول معارض للقواعد الفقهية المتفق عليها .

انما الخلاف بينهم قد حصل فيمن يتحمل هذا الضمان هل هو المتلف وحده وهو ماذهب اليه أصحاب القول الأول تطبيقا للقاعدة العامة فى الضمان وهى الزام متلف مال غيره بضمان ماأتلف وعدم تعدى هذا الضمان الى غيره .

أو أن المُتلِف قد قام بواجب يجب على الجميع وهو حفظ نفوسهم وأموالهم فاستفادوا جميعا من فعله والقاعدة أن الغرم بالغنم فيشتركون معه فى هذا الضمان وهو ماذهب اليه المالكية ولعله أقرب الأقوال الى قواعد الشرع لما فيه من العدل فى تحمل التبعة ،والله أعلم .

الفصل الرابع

تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات السائبة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات المستأنسة، والطيور الأليفة .

المطلب الأول : اتلاف المواشي السائبة للزروع والثمار وغيرها من الأموال

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : اتلاف المواشي السائبة للزروع والثمار .

اذا انفلتت المواشي على الزروع والثمار فأتلفتها فللفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول :

لجمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وهو التفريق

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٥٨/٤)، تبصرة الحكام (٣٥٥/٢ - ٣٥٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (١٧٦/٢ - ١٧٧)، شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك (٣١٢/٨)، أحكام القرآن لابن العربي (١٢٦٨/٣ - ١٢٧٠) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣١٤/١١ - ٣١٧)، الفواكه الدواني (٣٢١/٢ - ٣٢٢)، أضواء البيان (٦٧١/٤) .

(٢) المنهاج وشرحه مغني المحتاج (٢٠٦/٤)، المهذب (٢٩٠/٢)، شرح النووي على صحيح مسلم (٢٢٥/١١)، اختلاف الحديث للشافعي مع الأم (٤٠٢/٧) ، شرح السنة للبغوي (٢٣٦/٨)، معالم السنن للخطابي (٨٢٩/٣)، روضة الطالبين (١٩٦/١٠ - ١٩٧) .

(٣) المغني (١٨٨/٩)، الانصاف (٢٤٠/٦ - ٢٤٢)، كشاف القناع (١٤١/٤ - ١٤٢) ، شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢)، غاية المنتهى (٢٤٨/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٥) .

بين جناية المواشي السائبة في الليل أو في النهار :

(أ) فما أتلفته ليلا فالضمان على صاحبها اذا فَرَّط في حفظها بأن يكون هو المسيب لها .

فان لم يُفَرِّط في حفظها ليلا فلاضمان عليه وذلك بأن أَحْكَم رَبْطَها فانْحَلَّ الرباط، أو أغلق الباب عليها ففتحه لِصٌّ ،أو انهدم الجدار فخرجت أو خَلَّاها في مكان بعيد لم تجر العادة بِرَدِّها منه ليلا الى المنزل .

وزاد الشافعية : وكذلك الحال ان كان التفريط من صاحب الزرع بأن كان الزرع مَحُوْطاً وله باب لم يُغْلِقْه صاحبه فلا ضمان في الأَصَحِّ ولو ليلا لأنه مُقَصِّر بعدم اغلاقه .

(ب) ما أتلفته نهارا فهو هدر لاضمان فيه هذا هو الأصل وعليه بعض الاستثناءات :

(١) اذا حصل من صاحبها تفريط أو تَعَدٍّ لزمه الضمان وذلك مثل أن تكون الزروع متصلة ببعضها أو كانت المراعي متوسطة المزارع فأرسل ماشيته فيها نهارا من غير راع يحفظها فهو بذلك مفرط حيث أرسلها قرب المزارع سائبة من غيرراع وهو مُتَعَدٍّ لأنها تُفْسِدُ في مثل هذه الحال ولابد .

(٢) نَصَّ الشافعية والحنابلة على أن رب الماشية يضمن ما أتلفته نهارا اذا عجز رب الزرع عن حفظ زرعه اما لكثرة المواشي المنفلتة نهارا أو لكثرة المزارع المحيطة بمزرعته بحيث لو أخرجها من مزرعته لزم ادخالها في مزرعة غيره . ولو فعل ذلك لزمه ضمان ماتتلفه في مزرعة غيره لأنه ليس له أن يقي ماله بمال غيره بل عليه أن يصبر ويتركها في زرعه ويغرم صاحبها ما أتلفت .

(٣) نَصَّ المالكية على أن هذا الأصل مقصور على المواشي المعتادة وهي التي لاتعرف بالعداء .

أما المواشي غير العادية والمعروفة بالعداء وأكل الزروع أوماتسمى بالبهائم الضارية فان صاحبها يضمن ما أفسدته نهارا هذا هو الأصل فيها واستثني من ذلك حالتين :

(الأولى) اذا سَرَّحَها صاحبها بعيدا عن الزرع بحيث يغلب على الظن أنها لاتذهب للزرع فلا ضمان عليه ٠

(الثانية) أن لايُسَرِّحَها بعيدا عن الزروع الا أنه قد جعل معها راع بَيْدَ أن الراعى عجز عن دفعها عن الافساد فى الزروع ففى هذه الحالة أيضا لاضمان على ربها ولاعلى الراعى لعدم تفريطهما فان فرط الراعى وأهمل فى حفظها ودفعها عن الزرع مع قدرته على ذلك فانه يضمن ما أفسدت لتقصيره (١) ٠

هذا هو قول جمهور الفقهاء بالتفريق بين الليل والنهار فيضمن رب الماشية ما أتلفته ليلا دون النهار فى الجملة ٠ غير أن هذا القول ليس ثابتا لايتغير لأنه مرتبط بعرف الناس ومَبْنِيٌّ على عاداتهم فقد نَصَّ الشافعية والحنابلة على أنه لو تَعَوَّدَ أهل بلد ارسال البهائم ليلا وحفظها نهارا أو حفظ الزرع ليلا من قبل أصحابه انعكس الحكم فيضمن مرسلها ما أتلفته نهارا دون الليل اتِّباعا لمعنى الخبروالعادة (٢) ٠

القول الثانى :

للحنفية (٣) والظاهرية (٤) وهو : أن ماتتلفه المواشى من غير أن يحملها أحد أو يُسَيِّرُها هدر لاضمان فيه سواء كان فى ليل أو نهار فان حملها على الاتلاف أو سَيَّرَها وأطلقها فيه فانه يضمن حينئذ لأنه فعله ،وكذلك اذا فرط فى منعها من اتلاف مال الغير بأن شاهدها تتلف فتركها فانه

---

(١) راجع فى ذلك الشرح الكبير (٣٥٨/٤)، الفواكه الدوانى (٣٢١/٢ -٣٢٢)٠

(٢) راجع فى ذلك : مغنى المحتاج (٢٠٦/٤)، نهاية المحتاج (٤٢/٨)، روضة الطالبين (١٩٦/١٠)، الانصاف (٢٤٢/٦)، الاقناع وشرحه كشاف القناع (١٤٢/٤) ٠

(٣) احكام القرآن للجصاص (٥٣/٥)، الدر المختار (٦٠٨/٦)، تبيين الحقائق (١٥٣/٦)، المبسوط (١٩٢/٢٦)، الهداية (٣٣١/١٠ - ٣٣٢) مع شرح فتح القدير ،تفسير أبى السعود (٧١٨/٣)، روضة القضاة مجلد (١٢٣٤/٢)، الفتاوى الهندية (٥٢/٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٨٤/١)، (٥٦٧/٢) ٠

(٤) المحلى (٣٣٥/١٢)، (٥٨٢/٨) ٠

يضمن أيضا ولافرق فى ذلك بين الليل والنهار ٠

يقول الجصاص[(١)] : " وأصحابنا لايرون فى ذلك ضمانا لاليلا ولانهارا اذا لم يكن صاحب الغنم هو الذى أرسلها فيه " ٠

ويقول ابن حزم[(٢)] : " والقول عندنا فى هذا كله هو ماحكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وثبت عنه من أن العجماء جَرْحُها جُبَار وعملها جُبَارٌ[(٣)] ٠ فلا ضمان فيما أفسده الحيوان من دم أو مال لاليلا ولانهارا ،فان أتى بها وحملها على شىء وأطلقها فيه ضمن حينئذ لأنه فعله ليلا كان أو نهارا" ٠

غير أن للظاهرية[(٤)] فى المسألة تفصيلا وتقييدا مُهِمًّا وبيانه :

---

(١) أحكام القرآن (٥/٥٣) ٠

(٢) المحلى (٣٣٥/١٢) ٠

(٣) يعنى به الحديث الذى رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " العجماء جرحها جُبَار" وهذا الحديث قد أخرجه : البخارى (٤٦/٨ - ٤٧) كتاب الديات باب (٢٨ - ٢٩) ،مسلم (١٣٣٤/٣) ، كتاب الحدود باب (١١) ،أبو داود (٧١٥/٤) كتاب الديات باب (٣٠) ، الامام مالك فى الموطأ (٨٦٨/٢ - ٨٦٩) كتاب العقول باب (١٨) ،ابن ماجه (٨٩١/٢) كتاب الديات باب (٢٧) ،الامام أحمد فى المسند (٢٢٨/٢،٢٣٩،٢٥٤) ٠
قال الامام مالك : " الجُبَارُ أنه لادية فيه" ٠ انظر الموطأ (٨٦٩/٢)٠
وقال أبو عمر بن عبدالبَرّ : " لايختلفون أن الجبار الهدر الذى لاأرش فيه على ماقال مالكٌ ٠ والعجماءُ عند العرب كل بهيمة وسبع وحيوان غير ناطق مُفْصِح ٠ وقال أهل اللغة : الجبار الهدر الذى لايجب فيه شىء وجرح العجماء جنايتها" ٠ انظر التمهيد (١٩/٧ - ٢١)٠
وقال النووى : " والمراد بجرح العجماء اتلافها سواء كان بجرح أو غيره" انظر شرح صحيح مسلم (٢٢٥/١١) ٠
وقال القاضى عياض : " وانما عَبَّرَ بالجرح لأنه الأغلب أو هو مثال نَبَّهَ بِهِ على ماعداه" ٠ انظر شرح الزرقانى على الموطأ (٤٦/٤) ،فتح البارئ (٨٤/٢٦) ٠ وقال الخطابى : " العجماء البهيمة وسُمِّيَتْ عجماء لعجمتها وكل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم والجبار الهدر" ٠انظر معالم السنن (٧١٥/٤) ٠

(٤) المحلى (٣٣٧/١٢) ٠

(أ) أن من كان زرعه فى المكان الذى اعتاد أن يُسَرِّحَ فيه أرباب المواشى مواشيهم للرعى فان صاحب الزرع يكلف أن يُحَظِّرَ على زرعه وغرسه بما يدفع ذلك من بناء أو غيره اذ لاضرر عليه فى ذلك بل الحائط له ودفع الاضاعة عن ماله ولايجوز أن يَمْنَعَ الناس عن ارعاء مواشيهم هنالك كما لايجوز أن يُمْنَعَ هو من احياء ماقَدِرَ على احيائه من ذلك الموات .

(ب) أما المزارع المتصلة التى لامسرح فيها فليس عليهم تكليف الحظر فمن أطلق مواشيه هناك عامدا أو مهملا أُدِّبَ الأدب الموجع وبيعت عليه مواشيه ان عاد وضمن ماباشر اطلاقها فيه .

أدلة القولين والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء على قولهم بما يلى :

(١) ان أصل الضمان ثابت فى القرآن الكريم فقد قال تعالى :
"وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ . فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ "(١) .

وقد تناقل المفسرون ماقاله بعض السلف كمجاهد ومسروق والزهرى حول هذه الآية من أن داود عليه السلام حكم لأهل الحرث بأن يأخذوا الغنم التى أفسدت زرعهم . ثم فَهَّمَ الله سليمان عليه السلام الحكم فحكم بأن يأخذ أصحاب الحرث الغنم ولهم ماخرج من ألبانها وأصوافها وأولادها . ويَقُومُ صاحب الغنم على الزرع الذى أفسدته غَنَمُه حتى يرجع كما كان ثم يستعيد غَنَمَهُ ويعيد الحرث الى صاحبه(٢) .

---

(١) الأنبياء : ٧٨ - ٧٩

(٢) راجع فى هذه الرواية : تفسير القرآن العظيم لابن كثير (١٨٦/٣) ، تفسير أبى السعود (٧١٧/٣ - ٧١٨) ، أحكام القرآن لابن العربى (١٢٦٦/٣) ، الجامع لأحكام القرآن (٣٠٧/١١) ، أضواء البيان (٦٧٠/٤) ، فتح القدير للشوكانى (٤١٨/٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٥) ، تفسير الشيخ عبد الرحمن بن سعدى (١٢٤/٤) ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٥٦٣/٢٠) .

فوجه الاستدلال بهذه الآية أن النبيين عليهما السلام ضمنا أصحاب الغنم ماأكلت من زرع فى الليل لأن النفش لايكون الا فى الليل . أما فى النهار فلا يطلق عليه نفش وانما هَمَلٌ (١) .

ويمكن أن يَرِدْ على هذا الاستدلال بأن تضمين داود وسليمان عليهما السلام لم يَرِدْ صراحة فى الآية وانما ورد بأنهما قد حكما ولانعلم ماهية هذا الحكم فقد قال ابن العربى (٢) : "وماقضى به داود وسليمان غير معلوم على التعيين ممن يُقطعُ بصدقه" .

وأما مانُقِلَ عن بعض السلف فقد أعلَّه ابن حزم بالارسال لأنهم قد رَوَوْا عن سليمان عليه السلام وبينهم وبينه زمن طويل وقال : " ولو رَوَوْا لنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقامت به حجة لأنه مرسل" (٣) .

والحاصل : هو أنه اذا ثبت صحة هذه الرواية وأن هذا ماحكم به نبى الله سليمان عليه السلام فغاية ماتدل عليه هو ثبوت أصل الضمان وهذا ماقصده الجمهور من الاستدلال بهذه الآية لأن صفة الضمان قد ثبتت فى شرعنا مُخَالِفَة لحكم نبى الله سليمان عليه السلام فحكمه كما ورد فى الرواية يتضمن : مثل الزرع التالف . يضاف اليه منافع الغنم وزوائدها المتصلة والمنفصلة فى كامل المدة بين الاتلاف والتعويض وهو زيادة على المثل . وهذا قد جاء شرعنا بخلافه فتعين علينا الاعتناء بشرعنا وفى هذا المعنى يقول ابن عبدالبر (٤) : "قال الله عز وجل لمحمد صلى الله عليه وسلم عند ذِكْر من ذَكَرَ من أنبيائه فى سورة الأنعام " أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده" فجاز الاقتداء بكل ماورد به القرآن من شرائع الأنبياء الا أن يمنع من ذلك مايجب التسليم له ،من نسخ فى الكتاب ،أو سنة

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى (١٢٦٨/٣)، أحكام القرآن للجصاص (٥٤/٥) ، الفروق (١٨٦/٤)، التمهيد (٨٤/١١) .

(٢) أحكام القرآن (١٢٦٨/٣) .

(٣) المحلى (٥٨٥/٨) .

(٤) التمهيد (٨٤/١١) .

واردة عن النبى صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك تُبَيِّنْ مراد الله ،فيُعْلَم حينئذ أن شريعتنا مخالفة لشريعتهم فتحمل على مايجب الاحتمال عليه من ذلك " .

وقد ثبت فى شرعنا أصل الضمان وصفته فى الحديث الذى رواه أصحاب السنن وهو الدليل الثانى لأصحاب هذا القول وهو :

(٢) مارواه الامام مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن مُحَيِّصَة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حِفْظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها"(١) .

يقول الخطابى(٢) : " وهذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصّة فى هذا الباب ويُشْبِه أن يكون انما فرق بين الليل والنهار فى هذا

---

(١) رواه الامام مالك فى الموطأ (٧٤٧/٢) كتاب الأقضية باب (٢٨)،وأبو داود (٨٢٨/٣) كتاب البيوع باب (٩٢) من طريق مَعْمَر عن الزُّهْرِى عن حرام بن مُحَيِّصَة عن أبيه ،وكذلك رواه موصولا من طريق الأوزاعى عن الزُّهْرِى عن حرام بن مُحَيِّصَة الأنصارى عن البراء بن عازب .
ورواه ابن ماجه (٧٨١/٢) كتاب الأحكام باب (١٣) وابن حبان انظر موارد الظمآن (ص ٢٨٤) قال عنه ابن عبدالبر : " هذا الحديث وان كان مُرْسَلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة الثقات واستعمله فقهاء الحجاز وتَلَقَّوْه بالقبول وجرى فى المدينة به العمل" . انظر التمهيد (٨٢/١١) .
وقال الامام الشافعى : " أخذنا بحديث البراء لثبوته ومعرفة رجاله" انظر اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧) .
وقال ابن العربى : " وهذا صحيح لاكلام فيه" انظر أحكام القرآن (١٢٦٧/٣)،وصححه الألبانى انظر ارواء الغليل (٣٦٢/٥) .
وقال الشيخ الشنقيطى : " وصححه الحاكم فقال بعد أن ساق الحديث المذكور : وهذا حديث صحيح الاسناد على خلاف فيه بين مَعْمَر والأوزاعى . فان معمرا قال عن الزهرى عن حرام بن مُحَيِّصَة عن أبيه وأَقَرَّه الذهبى على تصحيحه ولم يتعقَّبْه الى أن قال وعلى كل حال فالحديث المذكور احتج به جمهور العلماء منهم الأئمة الثلاثة" انظر أضواء البيان (٦٧١/٤) .

(٢) معالم السنن (٨٢٩/٣) .

لأن فى العُرْفِ أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويُوَكِّلُون بها الحُفَّاظ والنَّواطِيرْ، ومن عادة أصحاب المواشى أن يُسَرِّحُوها بالنهار ويَرُدُّوها مع الليل الى المَرَاحْ فمن خالف هذه العادة كان به خارجا عن رُسُومِ الحِفْظِ الى حُدُودْ التَّقْصِيرْ والتَّضْيِيعْ فكان كمن ألقى متاعه فى طريق شارع أو تركه فى غيرموضع حرز فلا يكون على آخذه قطع " .

ويقول ابن العربى (١) : "وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم فى ناقة البراء بأن حفظ الزروع والثِّمار بالنهارعلى أربابها، لما على أهل المواشى من المَشَقَّة فى حفظها بالنهار . وبأن حفظ الكل بالليل على أرباب المواشى، لأن ذلك من حفظ الزروع والثمار، وشَاقّ على أربابها، فجرى الحكم على الأوفق والأسمح، بمقتض الحَنَفِيَّة السَّمْحَه، ومجرى المصلحة، وكان ذلك أوفق للفريقين، وأسهل على الطائفتين، وأحفظ للمالين" .

ويقول ابن قدامة (٢) : "ولأن العادة من أهل المواشى ارسالها فى النهار للرعي وحفظها ليلا وعادة أهل الحوائط حفظها نهارا دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها فى وقت عادة الحفظ وان أتلفت نهارا كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم ،وقد فَرَّق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وقض على كل انسان بالحفظ فى وقت عادته" .

ثانيا : دليل أصحاب القول الثانى :

تَمَسَّكَ أصحاب القول الثانى بعموم الحديث الذى رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " العجماء جرحها جبار" (٣) .

قالوا (٤) : فعموم هذا الحديث ينفى ماتصيبه العجماء ليلا أو نهارا .

---

(١) أحكام القرآن (١٢٦٨/٣) .
(٢) المغنى (١٨٨/٩) .
(٣) سبق تخريجه (ص ٩٩)
(٤) أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٥)، تبيين الحقائق (١٥٣/٦)، المبسوط (١٩٢/٢٦)، المحلى (٣٣٥/١٢) .

وادعى الحنفية : أن هذا الحديث ناسخ للحكم المذكور فى قصة البراء بن عازب رضى الله عنه الذى استدل به جمهور الفقهاء .

أما ابن حزم فلم يقل بنسخه ولكن رَدَّهُ لعدم اتصال سنده فقد قال: "هذا خبر مرسل أحسن طُرِقه ماروواه مالك ومعمر عن سفيان عن الزهرى عن سعيد بن المسيب ،ومارواه ابن جُرَيْج عن الزهرى عن أبى أمامة بن سهل فلم يُسْنِدْ أحد قط من هاتين الطريقتين اللتين لو أسند منهما أو من احداهما لكان حجة يجب الأخذ بها . وانما استند من طريق حرام بن سعد ابن محيصه مَرَّة عن أبيه ولاصُحْبَةَ لأبيه ومَرَّةً عن البراء فقط . وحرام بن سعد بن محيصه مجهول لم يَرْوِ أحد عنه الا الزُّهْرِي ومانعلم للزهري عنه غير هذا الحديث ،ولم يُوَثّقه الزُّهْرِي ،وهو قد يروى عمن لايوثق ،كروايته عن سليمان بن قُرْم ونبهان مولى أم سلمة وغيرهما من المجاهيل والهلكى فسقط التعلق بهذا الخبر"(١) .

وقد أجاب جمهور الفقهاء عن هذين الاعتراضين بما يأتى :

(١) دعوى نسخ حديث البراء بحديث أبى هريرة رضى الله عنهما لاتثبت لأن من شروط النسخ معرفة التَّأْريخ وليس هناك دليل يدل على تأخر حديث أبى هريرة عن حديث البراء(٢) .

ولأنه لانسخ مع امكان الجمع بين الدليلين لأنا انما نحكم بأن الأول منسوخ اذا تعذر علينا الجمع فاذا لم يتعذر وجمعنا بينهما بكلام مقبول أو بمعنى فلا نسخ(٣) .

يقول الماوردى(٤) : " فى دلائل النسخ وهو أن يَرِدَ فى الشئ الواحد حكمان مختلفان فهما ضربان :

(أحدهما) أن يمكن استعمالهما ولايتنافى اجتماعهما فهو ضربان :

---

(١) المحلى (٣٣٤/١٢) وراجع (٥٨٤/٨) .
(٢) فتح البارئ (٨٧/٢٦)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٣١٥/١١) .
(٣) شرح الكوكب المنير لابن النجار (٥٣٠/٣) .
(٤) أدب القاضى (٣٦٠/٢) .

أحدهما : أن يكون أحدهما أعم من الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر فيقضى بالأخص على الأعم فيستثنى منه " .

وقد أرسى القرطبى هذا الأصل ثم خَرَّج عليه مسألتَنا فقال : "والتَّعارُض انما يصح اذا لم يمكن استعمال أحدهما الا بنفى الآخر، وحديث : "العجماء جرحها جبار" عموم متفق عليه . ثم خُصَّ منه الزرع والحوائط بحديث البراء لأن النبى صلى الله عليه وسلم لو جاء عنه فى حديث واحد : العجماء جرحها جبار نهارا لا ليلا فى الزرع والحوائط والحرث لم يكن هذا مستحيلا من القول فكيف يجوز أن يقال فى هذا متعارض وانما هذا من باب العموم والخصوص" (١) .

وقال الامام الشافعى رحمه الله بعد أن ساق حَدِيْثَ البراء : "ولايخالف هذا الحديث حديث "العجماء جرحها جبار" ولكن "العجماء جرحها جبار" جُمْلَة من الكلام العام المُخَرَّج الذى يراد به الخاص فلما قال صلى الله عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار " ، " وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أفسدت العجماء بشئ فى حال دون حال دَلَّ ذلك على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار ....

ثم قال : " وحديث : "جرح العجماء جبار" مطلق وجرحها افسادها ولايعمل باطلاقه لأنه لايحكم بنفيه مطلقا ثم يقضى فيه بحال" (٢) .

وحَيْثُ لم تَثْبُتْ دعوى النسخ التى أثارها الحنفية على حديث البراء حاول بعض الحنفية التَّشْكِيْكَ فى دلالته على الضمان ليلا ، بتأويل النص وفق مذهبهم وادعاء الاحتمال فيما تدل عليه عبارته .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣١٥/١١) ومثله قال الخطابى فى معالم السنن (٨٢٩/٣) : " حديث العجماء جبار عام وهذا حكم خاص والعام يبنى على الخاص ويُرَدُّ اليه فالمصير فى هذا الحديث الى حديث البراء" وقال البغوى فى شرح السنة (٢٣٧/٨) : " هذا حديث عام خَصَّهُ حديث البراء" . وقال ابن العربى فى أحكام القرآن (١٢٦٩/٣) : "وتحقيق المسألة أن معنى حديث العجماء جبار وهذا ينفى الضمان كله . ومعنى حديث البراء وهو نص فى الفرق بين الليل والنهار فوجب تخصيص حديث البراء بحديث العجماء" وراجع ذلك بشكل أوسع فى التمهيد (٨٦/١١) . ← هكذا نص الكتاب والصحيح كالآتي : "فوجب تخصيص حديث العجماء بحديث البراء" والله أعلم .

(٢) اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧ - ٤٠٣) .

فقال الجصاص :[1] "وجائز أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الضمان فى حديث البراء اذا كان صاحبها هو الذى أرسلها فيه ويكون فائدة الخبر - أنه معلوم أن السائق لها بالليل بين الزروع والحوائط لايخلو من نفش بعض غنمه فى زروع الناس وان لم يعلم بذلك فأبان النبى صلى الله عليه وسلم عن حكمها اذا أصابت زرعا ويكون فائدة الخبر - ايجاب الضمان بسوقه وارساله فى الزروع وان لم يَعْلَمْ بذلك وبين ماتساوى حكم العلم والجهل فيه ... الى أن قال : واذا كان ذلك محتملا لم تثبت فيه دلالة على موضع الخلاف " .

ولكن هذا تأويل للنص بغير برهان ومُجَرَّدِ تَوَهُّمٍ وليس باحتمال معتبر فلاتقوم به حجة فى نظرى لأنه لادليل عليه فيكون ساقطا من أصله ولو قبلنا مُجَرَّدَ الاحتمال على الأدلة لما صَحَّ لنا استدلال .

(٢) أما دعوى ابن حزم : أن حرام بن سعد بن مُحَيِّصه مجهول لم يرو عنه الا الزهرى ولم يوثقه فقد أجاب عنها الحافظ ابن حجر رحمه الله فقال : " قلت : وثّقه ابن سعد وابن حِبّان لكن قال لم يسمع من البراء وعلى هذا فيحتمل أن يكون قول من قال فيه عن البراء أى عن قِصّة البراء فتجتمع الروايات "[2] .

وأما كونه مرسلا . فيكفى أنه قد أخذ به أئمة الحديث الثلاثة مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله بل ان الامام الشافعى قال فيه : "فأخذنا به لثبوته باتصاله ومعرفة رجاله"[3] .

وصححه غير واحد من علماء الحديث كما أسلفنا ويكفينا من هذا كله ماقاله أبو عمر بن عبدالبر أحد أعلام المحدثين حيث قال : " هذا الحديث وان كان مرسلا فهو حديث مشهور ، أرسله الأئمة وحدث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز، وتَلَقَّوْهُ بالقبول ،وجرى فى المدينة به العمل وقد زعم الشافعى أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب فألفاها صحاحا

---

(١) أحكام القرآن (٥٤/٥) .

(٢) فتح البارئ (٨٧/٢٦) .

(٣) اختلاف الحديث مع الأم (٤٠١/٧) .

وأكثر الفقهاء يحتجون بها وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث "(١) .

وبعد هذا العرض لأدلة القولين ومناقشتها يبدو لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من التفريق بين ماتفسده المواشى بالليل فيكون مضمونا على أربابها وبين ماتفسده بالنهار فهو هدر فى الجملة ،وذلك لصحة ما استدلوا به وقوته وعدم صمود أدلة المعارض أمام الرد والمناقشة .

ولأن فى قول الجمهور اعمالا لجميع النصوص الواردة فى الباب .

ولعل القول بالتفريق المرتبط بالعرف والعادة هو الموافق لسماحة الشريعة الاسلامية وحرصها على رفع الحرج والمشقة وحفظ الأموال لأربابها والله تعالى أعلم .

ومتى قلنا بما ذهب اليه جمهور الفقهاء من تضمين أرباب المواشى ماتتلفه مواشيهم من الزروع والثمار ليلا . وكذلك ماتتلفه نهارا اذا حصل منهم تَعَدٍّ أو تقصير فما هى كيفية ضمان الزروع التالفة .

(أ) نَصَّ المالكية على أنه يُضْمَنُ بقيمته والمعيار الذى تُقَدَّرُ فيه القيمة (٢) يُقَوَّمُ على الأخذ بعين الاعتبار احتمال السَّلامَةِ والعطبفيه ،فيُقَدَّرُ على رجاء أن يَتِمَّ أو لايَتِم ثم يجعل له قيمة بين القيمتين على قول عندهم (٣) .

والصحيح كما قال الدردير أنه يُقَوَّمُ تَقْوِيْماً واحدا على تقدير الرجاء والخوف بأن يقال ماقيمته الآن على فرض جواز بيعه على تقدير تمامه سالما وعلى تقدير جائحته كلا أو بعضا .

هذا كله اذا كان الزرع لم يَبْدُ صلاحه فان بدا صلاحه ضَمِنَ قيمة المتلف على البَتِّ بأن يقال ماقيمته الآن فاذا قيل عشرة لزمته .

---

(١) التمهيد (١١/٨٢) .

(٢) الشرح الكبير (٣٥٨/٤)،منح الجليل (٥٦٢/٤)،أحكام القرآن لابن العربى (١٢٦٩/٣)،الجامع لأحكام القرآن (٣١٧/١١) .

(٣) وذلك بأن يقال ماقيمته على فرض تمامه فاذا قيل عشرة قيل وماقيمته على فرض عدم تمامه فاذا قيل خمسة فاللازم سبعة ونصف لأنك تَضُمُّ العشرة الى الخمسة فتكون خمسة عشر نصفها ماذكر . راجع الشرح الكبير (٣٥٨/٤) .

والحاصل أنه لاخلاف بين المالكية فى أن الزرع يُقوَّمُ اذا أُيِسَ من عَوْدِهِ لهيئته لكن الخلاف حصل بينهم فيما اذا رُعِيَ صغيرا أو رُجِيَ أن يعود لهيئته فهل يُسْتَأْنَىٰ بالتقويم أو لا ؟ واذا لم يستأن به ثم حُكِمَ لصاحبه بالقيمة فعاد الزرع كما كان فهل تُسْتَرَدُّ القيمة من صاحب الزرع هذا الخلاف لخَّصَهُ لنا التُّسُولي بقوله : " وأما ان رُعِيَ صغيرا أو رُجِيَ أن يعود لهيئته فاخْتُلِفَ هل يُسْتَأْنَىٰ به أم لا ؟ فقال مُطَرِّفٌ انه لايُسْتَأْنَىٰ به وقال سحنون يستأنى به .

واذا حُكِمَ بالقيمة فيه على قول مُطَرِّفٍ ثم عاد لهيئته مضت القيمة لصاحب الزرع . وقيل تُرَدُّ كالبصل يعود .

واذا لم يحكم بالقيمة حتى عاد لهيئته فان القيمة تَسْقُطُ . وقال اصبغ لاتسقط "(١) .

وقد نقل هذا الخلاف الدُّسُوقِي أيضا وقال : " والراجح قول مُطَرِّفٍ كما فى التوضيح "(٢) .

(ب) أما الحنفية فانه اذا لزم الضمان عندهم فانها تُقَوَّمُ الأرض تارة مع الزرع النَّابِتِ وأخرى بدونه والتفاوت بين القيمتين هو حِصَّة الزرع المتلف(٣) .

(ج) واختار شيخ الاسلام ابن تيمية(٤) وتلميذه ابن القيم(٥) الى أنه يُضْمَنُ بالمثل فقال شيخ الاسلام بعد أن ساق حكم سليمان عليه السلام وهو أن أصحاب الماشية يَقُومُونَ على الحرث حتى يعود كما كان فضمنهم اياه بالمثل وأعطاهم الماشية يأخذون منفعتها عوضا عن المنفعة التى فاتت من حين تَلِفَ الحرث الى أن يعود قال رحمه الله : " وهذا موجب الأدلة فان الواجب ضمان المُتْلَفِ بالمثل بحسب الامكان

---

(١) البهجة شرح التحفة (١٨٦/٢) .
(٢) حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)،وراجع حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٤٤١/٢) .
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٦٧/٢) .
(٤) مجموع الفتاوى (٥٦٣/٢٠ - ٥٦٥) .
(٥) اعلام الموقعين (٤٤/٢ - ٤٥) .

قال تعالى : " وجزاء سيئةٍ سيئة مثلها" (١) وقال :" فَمَنِ اعْتَدَى عليكم فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ" (٢) وقال : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَاعُوقِبْتُمْ بِهِ" (٣) وقال : "وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ..." (٤)

الى أن قال شيخ الاسلام : " واعلم أن المماثلة من كل وجه متعذر حتى فى المكيلات فضلا عن غيرها" .

وقال ابن القيم رحمه الله : " واذاكانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى فى المكيل والموزون فما كان أقرب الى المماثلة فهو أولى بالصواب ولاريب أن الجنس الى الجنس أقرب مماثلة من الجنس الى القيمة فهذا هو القياس وهو موجب النصوص" .

(د) أما الشافعية والحنابلة فلم أعثر لهم على نص خاص فى المسألة وقياس مذهبهم أن يكون الضمان بالقيمة لأن ضابط التضمين عندهم بالمثل هو ماحصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه (٥) .

فعلى هذا فان الزروع قبل ادراكها والثمار قبل تمام نضجها تعتبر قيمية لامثلية وقد جاء فى قواعدهم الكلية "اذا تعذر الأصل يصار الى البدل" .

والذى أميل اليه هو أن صاحب الماشية اذا لزمه ضمان ماأفسدت ماشيته من الزروع والثمار فانه يَضْمَنُهُ بقيمته لأن القول بتضمينه بمثله كما يراه الشيخان . بأن يَقُومَ على الزرع أو الشجر حتى يعود كما كان فيه مضرة على الضامن لأن الزرع قد يعود وقد لايعود . كما أنه قد يعود ولكن تصيبه جائحة قبل أن يكتمل . وقد يثمر الشجر بعد مضى المدة وقد لايثمر .

---

(١) الشورى : ٤٠

(٢) البقرة : ١٩٤

(٣) النحل : ١٢٦

(٤) البقرة : ١٩٤

(٥) روضة الطالبين (١٨/٥ - ١٩)،نهاية المحتاج (١٦١/٥)،مغنى المحتاج (٢٨١/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٦١)، المغنى (١٧٨/٥)،كشاف القناع (١١٦/٤ - ١١٧)،شرح منتهى الارادات (٤١٨/٢)، المبدع (١١٨/٥)، المقنع وحاشيته (٢٤٨/٢) .

وعلى كل حال فليس كل الناس يحسن الزرع والقيام على الأشجار فربما يكون أخرق فيرجع الزرع ضعيفا لايساوى عُشْرَ التالف وبهذا كله يعظم الضرر خلافا للقواعد الشرعية القاضية بازالة الضرر ورفعه وتضييق دائرته . فثبت أن الأولى فى ضمان ماتلف من الزروع والثمار فى نظرى أن يكون بقيمته دفعا للضرر وقطعا لدابر الخصومات والله تعالى أعلم .

المسألة الثانية : فى اتلاف المواشى السائبة لغير الزروع والثمار من الأموال .

رأينا فى المسألة السابقة أن جمهور الفقهاء قد فرقوا بين الليل والنهار فيما تتلفه المواشى السائبة من الزروع والثمار فقالوا بالضمان على صاحب الماشية ليلا وبعدم الضمان نهارا فى الجملة .

وفى هذه المسألة نريد البحث عن حكم ماتتلفه المواشى السائبة لغير الزروع والثمار من الأموال هل تأخذ حكم الزروع والثمار فتضمن ليلا ولاتضمن نهارا أم أن الحكم خاص بالزروع والثمار فلا يتعداه الى غيره . اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

أن هذا الحكم عام لجميع الأموال سواء كانت زروعا أو غيرها وهو قول الشافعية (١) والصحيح فى المذهب عند الحنابلة (٢) وهو رواية عن الامام مالك (٣) .

يقول النووى (٤) : " وان كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعا أو غيره نهارا لم يضمن صاحبها أو ليلا ضمن " .

ويقول المرداوى (٥) : "والصحيح من المذهب أنه يضمن جميع ماأتلفته مطلقا قال الحارثى : وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال بل بينهم من صرّح بالتسوية بين الزرع وغيره .

قال ابن منجا : خص المصنف الحكم بالزرع والشجر وليس كذلك عند الأصحاب " .

---

(١) المنهاج مع مغنى المحتاج (٢٠٦/٤)، المهذب (٢٩٠/٢) .

(٢) الانصاف (٢٤١/٦)،كشاف القناع (١٤١/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢) ، التنقيح المشبع (ص ٢٣٥)، الروض الندى (ص ٢٨٣)، المبدع (١٩٩/٥) .

(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .

(٤) المنهاج مع مغنى المحتاج (٢٠٦/٤) .

(٥) الانصاف (٢٤١/٦) .

ويقول ابن عبدالبر : "وقد قيل ان كل ما أفسدته البهائم بالليل[1] فضمانه على أربابها من الأموال كلها ... وقد روى ذلك عن مالك وغيره من أهل المدينة" .

القول الثانى :

أن هذا الحكم خاص بالزروع والثمار وهذا قول عند الحنابلة[2] وتحصيل مذهب الامام مالك ذكر ذلك ابن عبد البر[3] .

بناء على ذلك : فلا ضمان على رب الماشية السائبة فيما تتلفه من مال سواء كان ليلا أو نهارا لأن رب المال هو المُفَرِّط فى حفظه وفى ذلك يقول ابن قدامه : " وان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلا كان أو نهارا مالم تكن يده عليها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار"[4] .

وأما الآية وهى قوله تعالى : " إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ"[5] فان النفش هو الرعى بالليل فكان هذا فى الحرث الذى تفسده البهائم طبعا بالرعى وتدعوها نفسها الى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه "[6] .

ويقول ابن عبد البر : " فان انفلتت دابة بالليل فوطئت رجل رجل لم يضمن ربها شيئا وانما هذا فى الزرع والحرث لاغير. ذكر ذلك ابن عبدالحكم وغيره عن مالك وهو تحصيل مذهبه"[7] .

وقد أخذ الماوردى من الشافعية بهذا القول فجعل التفريق بين الليل والنهار خاصاً بالزروع والثمار فقط فقد نقل عنه الشيرازى عند

---

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .
(٢) المغنى (١٨٩/٩)، الانصاف (٢٤١/٦)، المقنع وحاشيته (٢٥٦/٢)، المبدع (١٩٩/٥) .
(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢)، الفواكه الدوانى (٣٢٢/٢) .
(٤) سبق تخريجه (ص ٩٩) .
(٥) الأنبياء : ٧٨
(٦) المغنى (١٨٩/٩) .
(٧) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .

مسألة ما اذا مَرّتْ بهيمة بجوهرة فابتلعتها أنه قال : على صاحبها الضمان سواء كان ذلك فى ليل أو نهار ووجه التفريق بينها وبين الزرع ذكره بقوله : " والفرق بينه وبين الزرع أن رعى الزرع مألوف فلزم صاحبه حفظه منها . وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها منها " (١) .

والذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى لأن الأصل أن جرح العجماء جبار وخُصَّ منه الزرع والثمر بحديث البراء بن عازب رضى الله عنه فلزم الوقوف عندما خُصَّ بالدليل والاقتصار عليه والأخذ بالأصل فيما عداه والله أعلم .

---

(١) المهذب (٢/٢٩٠) .

المطلب الثانى : اتلاف الطيور للزروع والثمار وغيرهـا مـن الأمـوال

الطيور كالحَمَام والنَّحْل والدَّجَاج ونحو ذلك اذا اقتناها انسان فصارت تتلف زروع الناس وثمارهم فهل يطالب بضمان ما أتلفت ؟ وهل يؤمر بتحويلها وابعادها عن أموال الناس أولا ؟

للفقهاء فى ذلك قولان :

القول الأول :

أن هذه الطيور اذا أتلفت مال الغير فان صاحبها لايضمن شيئا مطلقا ولايمنع من اتخاذها ولايؤمر بتحويلها . وعلى أهل الزروع حفظ زروعهم لأن العادة ارسالها ولايمكن ضبطها فاذا قَصَّر صاحب المال فى حفظ ماله فالعهدة عليه وماله هدر لاضمان فيه على أحد .

وهذا هو قول الحنفية وقد وصفه ابن عابدين بأنه الموافق للمنقول صريحا ودلالة فعليه المُعَوَّل (١) .

والقول بأن صاحب النحل وغيره لايؤمر بتحويله هو ظاهر مذهب الحنفية ذكر ذلك الحصكفى والفتوى على أنه ينبغى أن يؤمر بتحويله اذا كان الضرر بينا (٢) .

وممن أخذ بهذا القول وهو أنه لاضمان على صاحب الطيور ما أتلفته من مال الغير : ابن القاسم وأصبغ وابن كنانة وأشهب من المالكية وهو المعتمد عندهم ذكره الدسوقى (٣) .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦/٦١١) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢/٤٤١)، حاشية الدسوقى (٤/٣٥٨)، تبصرة الحكام (٢/٣٥٦)، الفواكه الدوانى (٢/٣٢٢)، المنتقى (٦/٦١) ، البهجة شرح التحفة (٢/٣٣٧)، أحكام القرآن لابن العربى (٣/١٢٧٠) وقد جاء فيه تضعيف هذا القول فقد قال : " وهذه رواية ضعيفة لايلتفت اليها ومن أراد أن يَتَّخِذَ ما يَنْتَفِعُ به مما لايضر بغيره مُكِّنَ منه وأما انتفاعه بما يتخذه باضراره بأحد فلا سبيل اليه" . وراجع الجامع لأحكام القرآن (١١/٣١٨) .

وهو قول الشافعية[(١)] وقول عند الحنابلة[(٢)] أيضا الا أنه مقصور على النهار كالبهائم .

القول الثانى :

أن هذه الطيور اذا أتلفت مال الغير من زرع ونحوه ضمن صاحبها مطلقا ويُمنَعُ أصحابها من اتخاذها اذا أضرت بالناس لامكان الاستغناء عنها وحاجة الناس للزرع والشجر .

وهذا القول نقله الحصكفى[(٣)] عن التمرتاشى من الحنفية وذكر أنه أفتى به ،وبه قال مطرف وابن حبيب من المالكية ،وصَوَّبَهُ ابن عرفة[(٤)] واختاره ابن العربى[(٥)] . وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[(٦)] .

الأدلة والمناقشة والترجيح .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

(١) أن هذه الطيور لاتَضْرى الا بالنَّهار ولايَجِدُ الناس بُدًّا من اتخاذها لأنها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يُمنَعُ من اتخاذها[(٧)] .

---

(١) مغنى المحتاج (٢٠٧/٤)،روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .
(٢) المغنى (١٨٩/٩)، الانصاف (٢٤٣/٦)،غاية المنتهى (٢٤٨/٢)،كشاف القناع (١٣٣/٤)، الطرق الحكمية (ص ٤٠٩ - ٤١٠) .
(٣) الدر المختار (٦١١/٦) .
(٤) تبصرة الحكام (٣٥٦/٢)،حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)،حاشية الصاوى (٤٤١/٢) المنتقى (٦١/٦)، البهجة (٣٣٧/٢) .
(٥) أحكام القرآن (١٢٧٠/٣)،قال ابن القيم رحمه الله فى الطرق الحكمية (ص ٤١٠) : " قول مطرف أصح وأفقه لأن حراسة الزرع والحوائط من الطيور أمر متعسر جدا بخلاف حراستها من البهائم وقياس البهائم على الطيور لايصح" .
(٦) الانصاف (٢٤٣/٦)، كشاف القناع (١٣٢/٤ - ١٣٣)،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢)، الطرق الحكمية (ص ٤١٠) .
(٧) المنتقى (٦١/٦) .

(٢) أن النحل مأذونة من الله تعالى بقوله : " ثُمَّ كُلِى مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ" (١) .

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

أن هذا طائر ولايمكن الاحتراس منه كما يستطاع ذلك فى الماشية فيكون باتخاذها متسببا فى اتلاف زرع الناس . أما الماشية فانه يمكن صونها وضبطها فاذا أتلفت بغير اختياره وأفسدت فلا ضمان عليه لأن التقصير من أصحاب الحوائط (٢) .

وقد ناقش أصحاب هذا القول دليل أصحاب القول الأول بأن الناس لايجدون بُدًّا من اتخاذها بأن هذا وان كان فيه ضرر على أصحاب الطيور الاأن ضرر أصحاب الزروع والبساتين أعظم اذ لايتأتى لهم حفظها ولايمكنهم نقل زرعهم ولاأشجارهم . أما أصحاب هذه الطيور فيمكنهم الاستغناء عنها أونقلها وتحويلها أو حفظها . وكذلك فان حاجة الناس الى الزرع والشجر أعظم من حاجتهم الى مثل هذه الطيور والقاعدة ارتكاب أخف الضررين عند التقابل (٣) .

أما الاحتجاج بأن النحل مأذونة من قبل الله تعالى بقوله : " ثُمَّ كُلِى مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ" فانه لايُسَلَّم لأن هذا العموم معروف الى أكل الثمرات التى لاضرر من الأكل منها على أحد أو المأذون فى الأكل منها نظير ذلك قوله تعالى فى حق ابن آدم :" كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَارَزَقْنَاكُمْ" (٤) وقوله تعالى : "كُلُوا مِن رِّزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ" (٥) ونحو هذه الآيات .

فان الجميع متفقون على أن الانسان لايأكل الا من مُلْكِهِ، أو ما أُذِنَ له بأكله من ملك غيره ، أما اذا أكل من مال غيره بغير حق فهو متعد ظالم يلزمه ضمانه . ولو أننا قلنا بأن النحل مأذون لها بالأكل من عموم مال الناس وأملاكهم لقوله تعالى " ثُمَّ كُلِى مِنْ كُلِّ الثَّمَرَاتِ" لوجب أن نقول بالاذن لبنى آدم أيضا بأكل أموال الغير لأن الله أمرهم بالأكل من عموم الطيبات من الرزق كما أمر النحل وهذا لايقوله أحد .

---

(١) النحل : ٦٩

(٢) الطرق الحكمية (ص ٤١٠) .

(٣) البهجة شرح التحفة (٣٣٧/٢) .

(٤) الأعراف : ١٦٠

(٥) سبأ : ١٥

وبذلك يظهر لنا رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى حيث أنه فى نظرى القول الموافق لقواعد الشريعة الاسلامية القاضية برفع الضرر وازالته عن المسلمين حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لاضرر ولاضرار"(١) وجاء فى القواعد الفقهية الكلية : " الضرر يزال" ٠

ولايجوز لأحد أن يتخذ مايضر بالمسلمين ولو كان ذلك فى ملكه ويجلب اليه مصلحة لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ٠

وبناء على ذلك فمن أراد أن يتخذ مثل هذه الطيور التى تُضِرّ بالناس وتفسد أموالهم فانه يؤمر بحفظها أو ابعادها عن الناس بحيث يغلب على ظنه أنها لاتصل اليها كالبهائم ٠ واذا لزمه حفظها فَقَصَّر فى ذلك فأتلفت أموال الناس من زروع وغيرها فالذى أراه والله أعلم أنه يضمن لهم ماأتلفت لتقصيره وتفريطه ٠

---

(١) رواه ابن ماجه (٧٨٤/٢) كتاب الأحكام باب (١٧)،والامام مالك فى الموطأ (٧٤٥/٢) كتاب الأقضية باب (٢٦)،والامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) ٠
وصححه الألبانى انظرصحيح الجامع الصغير (١٩٥/٦) ٠ وقال النووى فى الأربعين النووية (ص ١٠٨) : " ورواه مالك فى الموطأ مرسلا عن عمر بن يحيى عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فأسقط أباسعيد وله طرق يقوى بعضها بعضا" ٠
وقال ابن رجب : " حديث حسن" انظر جامع العلوم والحكم (٥/٣) ٠
ونقل الأرناؤوط عن ابن الصلاح قوله : " هذا الحديث أسنده الدارقطنى من وجوه مجموعها يقوى الحديث ويُحَسِّنه وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به" ٠ انظر هامش جامع الأصول (٦٤٤/٦) ٠

المبحث الثانى

تلف الأموال بسبب جناية الحيوانات الصائلة والسباع المقتناه

اختلف الفقهاء فيما تتلفه الحيوانات الصائلة والسباع المقتناه من أموال الناس هل يلزم صاحبها ضمان تلك الأموال لأربابها أولا ؟ على أربعة أقوال بيانها :

القول الأول: للحنفية :

الأصل عند الحنفية أن الضرر والجناية اللذين يوقعهما الحيوان هدر مالم ينسبا الى صاحبه فاذا أمكن نسبة الجناية اليه فانه يضمن ماأتلفه الحيوان . والبهائم الصائلة والسباع المقتناة عندهم كسائر الحيوانات .

فمتى تعدى صاحب الحيوان الصائل أو السبع فأطلقه فى الطريق العام ومثله لايطلق فانه يضمن ماتلف من الأموال بسبب جنايته لامكان نسبة الجناية الى صاحب الحيوان .

الا أن الحنفية قد اشترطوا لِلُزُوم الضمان لصاحب الحيوان الصائل أو السبع العقور ونحوه أن يَتَقَدَّم الى صاحبه أحدمن أهل المحله ويطلب منه حفظ حيوانه فلم يفعل حتى أتلف مالا لغيره .

ويشترط أيضا أن يكون الحيوان مما يخشى منه تلف الآدمى كالكلب العقور مثلا أما مايخشى منه تلف المال فقط مثل الكلب الذى اعتاد أكل العنب فلا يَضْمَنُ صاحبه مطلقا وسواء فى ذلك تُقُدِّمَ اليه بطلب حفظه أم لا .

والقول بالتفريق بين الحيوان الذى يُخْشَى منه تلف الآدمى والذى يُخْشَى منه تلف المال هو قول متأخرى الحنفية (١) وبه أخذتمجلة الأحكام العدلية فقد جاء فى المادة (٩٢٩) :"ويضمن صاحب الحيوان ذى الضرر

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦١١/٦)،تبيين الحقائق (١٣٥/٦) ، الفتاوى الهندية (٥٢/٦) .

المتعين كالثور النطوح والكلب العقور ماأتلفه اذا تقدّم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله أمسك حيوانك ولم يمسكه"(١) .

قال شارح المجلة الشيخ على حيدر(٢) : "والضرر المقصود هو الضرر الذى يقع على بنى آدم ... أما التقدم لأجل الضرر الذى يقع على غير الآدمى كالحيوان الذى هو مال فلايُفِيْد فعليه لايلزم ضمان الضرر الذى يوقعه الحيوان بعد التقدم" .

والحاصل : أن كل شئ يكون تلف الآدمى ملحوظا فيه فالتقدم لأجله مُفيْد واذا تلف بعد التقدم انسان بسبب ذلك فكما أنه تلزمه تأدية الدية يلزمه تبعا لهذا ضمان الأموال أيضا ، أما الشئ الذى يُلحَظ فيه تلف المال فقط ، فالتقدم لأجله غير مفيد ولاموجب للضمان . مثلا لو كان كلب لأحد اعتاد أكل العنب فقال له الجيران أمسكه لئلا يأكل عنبنا ولم يمسكه وأكل العنب فلا يلزم ضمان" .

وقد قرر الشيخ على حيدر أصل الحنفية فى جناية الحيوانات سواء كانت مستأنسة أو ضارية ثم فرع عليه فقال : " ان الحيوان اذا أتلف شيئا أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شئ من الضمان مالم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير ... لأنه اذا أتلف الحيوان شيئا وكان ذلك بتعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلف الحيوان ضامنا واليك المثال ... لو ترك انسان حيوانه مطلقا فى الطريق العام وهو ممالايطلق فى الشوارع فأتلف مالا أو قتل انسانا فتلزمه دية القتيل أو قيمة المتلف وقد ورد فى المادة (٩٢٩) أن صاحب الثور النطوح والكلب العقور يكون ضامنا بما أتلفاه فيما اذا تقدّم اليه أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه"(٣) .

القول الثانى : لأبى يوسف ومحمد بن الحسن الشيبانى :

ويرون عدم التفريق بين مايخشى منه تلف الآدمى ومايخشى منه تلف

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٦٥/٢) .

(٢) المرجع نفسه (٥٦٧/٢) .

(٣) المرجع نفسه (٨٣/١ - ٨٤) .

المال وليس على صاحبه ضمان الا أن يكون سائقا له أو قائداً في قول محمد بن الحسن أو يكون مرسلا له كالبهيمة في قول أبي يوسف . وذلك لأنه اذا أشلاه أو أغراه فان الحيوان يصير بذلك آلة للعقر وبذلك تصح نسبة الفعل الضار لصاحبه فيكون عليه الضمان وهذا لاخلاف فيه بين الحنفية كما قررنا في القول الأول (١) .

وهذا القول قد أخذ به الظاهرية فان الأصل عندهم أيضا أن جناية الحيوان هدر كالحنفية الا اذا أمكن نسبة جناية الحيوان الى صاحبه فانه يلزمه الضمان وقد قرر ذلك ابن حزم بقوله : " وقد قلنا ان التعدى الموجب للضمان أو القود أو الدية هو ماسُمّي به المرء قاتلا أو مفسدا وليس كذلك الا بالمباشرة أو بالأمر وهي في اتخاذه الكلب كمن عمل سيفا وأعطاه لظالم ، أو اقتنى خمرا في خابية فجلس اليها انسان فانكسرت فقتلت الانسان . فكل هذا ليس يسمى هذا الظالم قاتلا ولامتلفا فلاضمان في شئ من ذلك . فان قيل أنه باتخاذه الكلب العقور متعد وكذلك هو باتخاذه حيث لم يبح له اتخاذه متعد أيضا قلنا هو متعد باتخاذه في كلتا الحالتين ظالم الا أنه ليس متعد في اتلاف ما أتلف الكلب ولا أوجب الله تعالى ولارسوله صلى الله عليه وسلم قط على ظالم غرامة مطلقة " (٢) .

وقال : " فلو أنه أشلى الكلب على انسان أو حيوان فقتله ضمن المال ... لأنه ههنا هو الجاني القاصد الى اتلاف ما أتلفه الكلب باغرائه " (٣) .

القول الثالث : للمالكية :

ويرى هؤلاء أنه اذا اتخذ الكلب العقور مثلا في موضع يباح له اتخاذه فيه فلا ضمان عليه حتى يتقدم صاحب المال الى صاحب الكلب ويطلب منه حفظ كلبه فاذا أفسد بعد التقدم الى صاحبه ضمن صاحبه ما أفسد .

---

(١) بدائع الصنائع (٤٧٠٦/١٠)، الفتاوى الهندية (٥٢/٦) .
(٢) المحلى (٣٤٥/١٢) بتصرف .
(٣) المرجع نفسه (٣٤٦/١٢) .

أما اذا اتخذه فى موضع لايباح له اتخاذه فيه كالدور وماأشبهها فانه يضمن ماأفسده هذا الكلب مطلقا (١) .

القول الرابع : للشافعية (٢) والحنابلة (٣) :

وهو التفريق بين نوعين من الحيوانات الصائلة والسباع المقتناة :

(أ) فما عهد منه الاتلاف كالكلب العقور أو الهرة التى اعتادت أكل الطيور وقلب القدور وكذا كل حيوان مولع بالتعدى كالجمل والحمار اللذين عرفا بعقر الدواب واتلافها فهذه وأمثالها اذا أتلفت مال انسان فان صاحبها يضمن سواء كان ذلك ليلا أو نهارا لأن مثل هذه ينبغى أن تربط ويُكَفّ شرها ، ومتى فعل ذلك بأن ربطها وأوثق حفظها فانفلتت فأتلفت مال الغير فلا ضمان عليه فى هذه الحال حيث لم يحصل منه تقصير .

بناء على ذلك فقد قالوا : اذا دخل انسان دار آخر وفيها كلب عقور فَخَرَّق ثيابه فان كان الداخل يعلم أن فيها كلبا عقورا ، أو دخل بغير اذن صاحب المنزل ، أو دخل باذنه ونَبَّهَهُ أن فيها كلبا عقورا أو غير مُوْثُوق به فلا ضمان على صاحبه فى هذه الحال لأنه ان كان دخوله بغير اذن فهو متعد فيتحمل نتيجة عدوانه ، وان كان باذنه ونَبَّهَهُ صاحب الدار أو كان يعلم ذلك بنفسه فقد أدخل الضرر على نفسه على بصيرة .

(ب) أما مالم يعهد منه الاتلاف فليس على صاحبه ضمان .

وقد اشترط الحنابلة لنفى الضمان فى هذه الحالة أن يكون الحيوان مما يباح اتخاذه مثل كلب الصيد والماشية والحرث . أما مالايباح اتخاذه كالكلب العقور أو الأسود البهيم أو كان مما لامنفعة فيه من السباع المتوحشة كالأسد والذئب والنمر فهذه كلها يضمن صاحبها ماأتلفته فى ليل أو نهار لأنه متعد باقتنائها .

---

(١) المدونة (٤٤٦/٦) ، تبصرة الحكام (٣٥٦/٢) ، المنتقى (٦١/٦ ، ٦٧) .

(٢) مغنى المحتاج (٢٠٧/٤ - ٢٠٨) ، المهذب (٢٩٠/٢) ، نهاية المحتاج (٤٤/٨) .

(٣) المغنى (١٨٩/٩) ، كشاف القناع (١٣٢/٤) ، الانصاف (٢٢١/٦) ، الطرق الحكمية (ص ٤١٠) .

وقَصَرَ الحنابلة الاتلاف الموجب للضمان على خرق الثوب أو العقر فقط أما ما أفسدته بغير ذلك فلا ضمان فيه مثل أن تفسد ببولها أو بولوغها فى اناء لأن هذا لايختص بالكلب العقور وحده .

والذى يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول من قال بضمان ما أتلفته البهائم الصائلة والسباع المقتناة اذا عُهِدَ منها الاتلاف فى العادة لأنه ان أبيح له اتخاذها فهو مأمور بحفظها اذا عَرَف منها أنها تتلف أموال الناس لأن أموال الناس محترمة ليس لأحد أن يعتدى عليها فاذا قصّر فى الحفظ فانه يتحمل نتيجة اهماله وتقصيره . ولأن الشريعة الاسلامية جاءت بنفى الضرر كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى المطلب السابق ،فلايحل لانسان أن يقتنى مايضر بالمسلمين ويفسد أموالهم الا أن يتعاهده بالحفظ والصيانة .

وان كان مما لايباح له اتخاذه فهو متعد باقتنائه فيتحمل نتيجة عدوانه . هذا ماظهر لى والله أعلم .

لكن يبقى علينا فى هذا المبحث مسألة اتلاف الحيوان الصائل اذا كان له قيمة بحيث لو لم يستطع صاحب المال دفعه عن ماله الا بقتله فهل يضمنه لصاحبه أو لا اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤)

---

(١) تبصرة الحكام (٣٥٦/٢ - ٣٥٧)، الفروق (١٨٣/٤ - ١٨٤)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣٥٧/٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٦/٢)، المنتقى (٦٦/٦) .

(٢) المنهاج مع مغنى المحتاج (١٩٤/٤،٢٠٧)، الأم (١٧٢/٦)،نهاية المحتاج (٢٤/٨،٤٤)، المهذب (٢٨٩/٢)،زاد المحتاج (٢٦٨/٤).

(٣) كشاف القناع (١٤٤/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢)، المحرر (١٦٢/٢) ، الانصاف (٣٠٧/١٠)، المغنى (١٨١/٩)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٨٠)، الطرق الحكمية (ص ٤١١)، القواعد لابن رجب (ص ٣٦) .

(٤) المحلى (٥٨٣/٨) .

الى أن من لم يستطع دفع الحيوان الصائل على نفسه أو ماله الابقتله فله ذلك ولاضمان عليه .

واشترط المالكية لنفى الضمان أن يكون لدى المَصُول عليه بينة أنه أراده وصال عليه فان لم تكن عنده بينة الا مقالته فهو ضامن جاء فى الموطأ: "قال يحيى : وسمعت مالكا يقول فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره . فانه ان كانت له بينة على أنه أراده وصال عليه فلا غرم عليه . وان لم تقم له بينة الامقالته فهو ضامن للجمل "[١] .

القول الثانى :

ذهب الحنفية[٢] الى أن من لم يستطع دفع الحيوان الصائل عن نفسه أو ماله الا بالقتل فقتله فانه يضمن لصاحبه قيمته .

والذى يظهر لى أنه اذا كان الحيوان مما يباح اقتناؤه وكان له قيمة مادية بين الناس فان على متلفه الضمان لأن الاضطرار لايبطل حق الغير ولأنه مال معصوم فيلزمه ضمانه والله أعلم .

---

(١) الموطأ (٧٤٩/٢) كتاب الأقضية باب (٢٩) .

(٢) الهداية وشرحها العناية كلاهما (٢٣٢/١٠)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٤٦/٦)، تبيين الحقائق (١١٠/٦)، روضة القضاة للسمنانى المجلد (١٢٣٣/٢) وقد نسب الى أبى يوسف أنه قال بعدم الضمان مثل قول الجمهور .

الفصل الخامس

تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمةوالحديثة

توطئـــــة :

خلصنا فى الفصل السابق الى أن الأصل فى جناية الحيوان أنهـــــــا هدر ولاضمان فيها لعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " العجمـــــاء جرحها جبار" .

الا أنعموم هذا الحديث مخصوص عند جمهور الفقهاء بحديث البراء بـــن عازب رضى الله عنه . وبناء عليه قالوا : ان على صاحب البهيمة السائبة ضمان ما أتلفته بالليل حيث يجب عليه حفظها وتعهدها فى هذا الوقت حتـــى لاتتلف زروع الناس وثمارهم فاذا سيبها أمكن نسبةفعلها اليه .

هذا مابحثناه فى الفصل السابق ومانريد بحثه هنا هو جنايـــــــة الحيوانات كوسيلة للركوب والنقل اذا لم تكن سائبة وذلك بأن يكـــــون معها مرافق من قائد أو سائق أو راكب ومدى مسئولية هذا المرافق عـــــن جنايتها على أموال الناس .

وبالجملة فان الضابط فى مثل هذه المسألة أن :"جناية الحيـــــوان تنسب الى من كان معها من قائد أو سائق أو راكب متى أمكن نسبة ذلـــــك اليه بأن عُرِفَ منه تعد أو تقصير" .

وفيما يلى نعرض رأى الفقهاء فيما تتلفهوسائل الركوب القديمـــــة ثم نخرج على تلك الأحكام ،أحكام اتلاف وسائل الركوب الحديثة ان شـــــاء الله تعالى وسوف نجعل ذلك فى مبحثين ان شاء الله تعالى .

المبحث الأول

تلف الأموال بسبب وسائل الركوب القديمة

كان الناس فى زمن غير بعيد ومايزال البعض منهم يستخدمون الحيوان كوسيلة للركوب ونقل الأمتعة وجر العربات ونحو ذلك • فكان لابد من السير فى هذه الحيوانات فى الطرقات التى تكثر على جوانبها أموال الناس من أبنية وأمتعة وأثاث فى الدكاكين وعند أبوابها مما قد ينتج عنه تلف لبعض هذه الأموال بسبب وطء هذه الدابة أو كدمها أو خبطها، أو بما ينبعث عنها حال سيرها من حجر أو رشاش وحل أو بما على ظهرها من حمل وهذا ضرر يلحق الناس والضرر مرفوع فى الشريعة الاسلامية •

الا أن القول بمنع الناس من السير فى هذه الطرقات يلحق بهم ضرراً أكبر ويصيبهم من جراء ذلك العنت والمشقة فاذا تقابل الضرران فالقاعدة فى الشريعة الاسلامية تحمل أقل الضررين وأهونهما ،والقاعدة أيضا أنه يقضى للعامة على الخاصة والمنع من السير يَلْحَقُ ضرره عموم الناس وتلف الأموال أمر محتمل واذا وقع أصاب البعض •

ولهذا قال الفقهاء رحمهم الله : ان السير فى الطرقات جائز مشروط بسلامة العاقبة فيمايمكن الاحتراز عنه •

فمن سار فى دابته فى الطريق فأتلفت مالا لغيره وكان بامكانه الاحتراز عنه فعليه ضمانه لصاحبه لتقصيره فى الحفظ،وان كان لايمكنه الاحتراز عنه فلا ضمان عليه •

والقاعدة الفقهية الكلية المتفق عليها بين الفقهاء "أن كل مالايمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه" •

الا أن مايمكن الاحتراز عنه ومالايمكن الاحتراز عنه أمر نسبى يختلف باختلاف الناس فقد يرى البعض أن هذا الأمر مما يمكن الاحتراز عنه والبعض الآخر يرى أنه لايمكن الاحتراز عنه فمن يقول بالتضمين يرى أن فعل

الدابة مما يمكن الاحتراز عنه . ومن يقول بعدم التضمين يرى أن هذا الفعل لايمكن الاحتراز عنه .

وكذلك الحال فيما جُعِلَ ضابط التضمين فيه التعدى والتفريط فقد يعتبره البعض تعد والبعض الآخر لايعتبرونه ومن هنا نشأ الخلاف فى هذه المسائل وفيما يلى نعرض رأى الفقهاء ان شاء الله تعالى فى جناية الحيوان كوسيلة من وسائل النقل والركوب ومدى مسئولية الانسان عنها .

المطلب الأول : ماتتلفه البهيمة حال سيرها

المسألة الأولى : ماتتلفه بالوطء باليد أو الرجل أو بالكدم بالرأس أو بالنفح بالرجل والذنب ٠

اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) على أن ماأتلفته البهيمة أثناء سيرها بيدها أو رأسها أو وطئته برجلها فهو مضمون على من معها من راكب أو قائد أو سائق متى أمكن نسبة ذلك اليه بتعد أو تفريط منه فان لم يمكن نسبته اليه بأن لم يحصل منه تقصير فى حفظها أو تعد فلا ضمان عليه ٠

أما النفح بالرجل والذنب فالضمان فيه مرتبط بالسبب عند جمهور الفقهاء أيضا من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ،فمتى كان من مع الدابة سببا فى نفحها لزمه الضمان والا فالنفحة هدر لاضمان فيها٠

وخالف فى ذلك الحنفية فقالوا لاضمان فى النفح بالرجل والذنب وسوف نعرض ان شاء الله تعالى فيما يلى آراء الفقهاء مفصلة ٠

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٠٣/٦)،كنز الدقائق وشرحه تبيين الحقائق (١٤٩/٦)، الهداية (٣٢٥/١٠)، المبسوط (١٨٨/٢٦ - ١٨٩)، العناية شرح الهداية (٣٢٥/١٠) ٠

(٢) حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٦/٢)،تبصرة الحكام (٣٥١/٢ - ٣٥٢)، المنتقى (١٠٩/٧)،شرح الزرقانى على الموطأ (٢٠٤/٤)، المدونة (٦٤٥/٦)، التمهيد (٢٢/٧ - ٢٣) ٠

(٣) روضة الطالبين (١٩٧/١٠)،مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)،معالم السنن (٧١٥/٤)٠

(٤) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٧/٦)،كشاف القناع (١٣٩/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢)، المحرر (١٦٢/٢)، التنقيح (ص ٢٣٤)،غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، الروض الندى (ص ٢٨٣) ٠

(٥) المحلى (٣٤٠/١٢ - ٣٤١)، (٣٤٣/٨، ٣٤٦) ٠

أولا : رأى الحنفيـــة .

يقول الزيلعى : " الأصل أن المرور فى طريق المسلمين مبـــاح بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز منه لأنه يتصرف فى حقه من وجه وفـى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيـدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لافيمـا لايمكن لأن تقييدها بها مطلقا يؤدى الى المنع من التعرف وسدّ بابه وهـو مفتوح . والاحتراز عن الايطاء والعدم والكدم والخبط ممكن لأنه ليس مـن ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه " (١) .

فضمن عند الحنفية لأنه متعد ومفرط ،متعد حيث سار فى ملك مشتـرك بينه وبين غيره ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب اضرار من فـى الطريق العام . ومفرط بعدم الاحتراز عن مايمكن الاحتراز عنه .

فعلى هذا : لو سار فى ملكه ثم أتلف مالا أثناء سيره لم يضمـن عند الحنفية لعدم تعديه . وكذلك لو سار فى ملك غيره باذنه .

واستثنوا من ذلك ماتلف بالايطاء فان الراكب يضمن لأن التلف حصـل بثقله وثقل الدابة فيكون مباشرا للاتلاف وليس متسببا (٢) .

أما النفح بالرجل والذنب فلا يضمن عند الحنفية ماتلف به وهـى سائرة قالوا لأن الاحتراز عن النفحة مع السير غير ممكن لأنها مـن ضروراته .

هذا اذا لم يفعل بها مايوجب النفح بل ولو فعل بها ذلك عنـد الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء (٣) ،وفى ذلك يقول السرخسى : " واذا سـار الرجل على دابته فضربها أو كبحها باللجام فنفحت برجلها أو بذيلهـا لم يكن عليه شئ لأنه يحتاج الى ضربها أو كبحها باللجام فى تسييرهـا ولايمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب . ولو خبطت بيد أو رجـل

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٩/٦ - ١٥٠) ،وراجع المبسوط (١٨٨/٢٦) ، الهدايـة (٣٢٦/١٠) ،بدائع الصنائع (١٠/ ٤٧٢٢) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٠٣/٦) ،تبيين الحقائق (١٤٩/٦) ، العناية (٣٢٥/١٠) .

(٣) المبسوط (١٩٣/٢٦) .

أو كدمت أو صدمت فقتلت انسانا فالضمان على الراكب سواء كان يملكها أو لايملكها لأن التحرز عن هذا كله ممكن" .

فالضابط عندهم فى ذلك : امكان التحرز وعدمه والقاعدة الكلية عندهم : " أن مالايمكن التحرز منه فلا ضمان فيه" ومما استدلوا به على أن النفح بالرجل لاضمان فيه قوله صلى الله عليه وسلم : "الرجل جبار" (١) .

وهناك قول آخر لبعض الحنفية أن السائق للدابة يضمن النفحة لأنها بمرأى عَيْنِه بخلاف القائد والراكب لأن الرجل غائبة عن بصرهما فلا يمكن التحرز عنها .

ولكن هذا القول خلاف ظاهر الرواية كما ذكر الشلبى (٢) . لأن السائق ليس له على رجلها شئ يمنعها به من النفح فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم والصدم لامكان كبحها باللجام قال فى الهداية : " وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح " (٣) .

وقد ناقش الجمهور رأى الحنفية فى مسألة النفح بالرجل والذنب :

---

(١) رواه أبو داود (٧١٤/٣) كتاب الديات باب (٢٩)،والدارقطنى (١٥٢/٣) وقال : " ولم يُتَابَع سفيان بن حسين على قوله : الرجل جبار . وهو وهم لأن الثقات الذين قدمنا أحاديثهم خالفوه ولم يذكروا ذلك . وكذلك رواه : أبو صالح السَّمَّان ،وعبدالرحمن الأعرج ومحمد بن سيرين ،ومحمد بن زياد وغيرهم عن أبى هريرة ولم يذكروا فيه الرجل جبار وهو المحفوظ عن أبى هريرة" .
وقال المنذرى : " وسفيان بن حسين هو أبو محمد السُّلَمِي الواسطى استشهد به البخارى وأخرج له مسلم فى المقدمة ولم يحتج به واحد منهما وتكلم فيه غير واحد" . انظر مختصر سنن أبى داود (٣٨٤/٦) . وَضَعَّفَ هذا الحديث الألبانى راجع ارواء الغليل (٣٦١/٥) . وراجع ماقيل حول هذا الحديث : التمهيد (٢٤/٧)،نيل الأوطار (٨٦/٧)،معالم السنن (٧١٤/٤)،فتح البارئ (٨٥/٢٦ - ٨٦)،الجامع لأحكام القرآن (٣١٩/١١) .

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٥٠/٦) .

(٣) (٣٢٨/١٠) .

فقال الامام الشافعى رحمه الله : " فأما أن نقول : يضمن عن يدها ولايضمن عن رجلها فهذا تحكم . فان قال لايرى رجلها فهو اذا كان سائقا لايرى يدها فينبغى أن يقول فى السائق يضمن عن الرجل ولايضمن عن اليد وليس هكذا يقول . فأما ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أن الرجل جبار فهو والله تعالى أعلم غلط لأن الحفاظ لم يحفظوه هكذا " .(١)

وفى اسناد هذا الحديث سفيان بن حسين وقد قال عنه ابن حجر : "وقد غلّطه الحفاظ . ولو صح فاليد جبار بالقياس على الرجل وكل منهما مقيد بما اذا لم يكن لمن هى معه مباشرة ولاتسبب . ويحتمل أن يقال حديث الرجل جبار مختصر من حديث"العجماء جبار" لأنها فرد من أفراد العجماء وهم لايقولون بتخصيص العموم بالمفهوم فلا حجة لهم فيه" .(٢)

وقد صحح ابن حزم اسناد هذا الحديث الاأنه يتفق مع الجمهور أن الرجل جبار اذا لم يكن من صاحب الدابة تعد فاذا تعدى لزمه الضمان فقال: "قال قوم سفيان بن حسين ضعيف فى الزهرى ، قال على : وماندرى ماوجه هذا وسفيان بن حسين ثقة فمن أدّعى عليه خطأ فَلْيُبَيِّنْه والا فروايته حجة وهذا اسناد مستقيم لاتصال الثقات فيه ... فصح أن كل ماجَنَى برجل من انسان أو حيوان فهو هدر لاغرامة فيه ولاقود ولاكفارة الا ماصح الاجماع به بأنه محكوم فيه بالقود كالتعمد" .(٣)

ثانيا : رأى المالكية .

يقول ابن فرحون(٤) : "قال ابن أبى زيد رحمه الله : والسائق والقائد والراكب ضامنون لما أوطأت الدابة ،وماكان منها من غير فعلهم أو هى واقفة لغير شئ فهدر . فقوله ضامنون أى كل واحد منهم ضامن فيما تعدى فيه .

---

(١) الأم (١٣٨/٧) .

(٢) فتح البارئ (٨٥/٢٦ – ٨٦) .

(٣) المحلى (٣٦٢/١٢ – ٣٦٣) .

(٤) تبصرة الحكام (٣٥١/٢ – ٣٥٢) .

الى أن قال : قال الجزولى : قال عبد الحق : قوله فى الرسالة : وماكان منها من غير فعلهم . يعنى وماكان من غير تفريط منهم أو عن غلبة فلا شئ عليهم فيه لأن ذلك ليس من قبل تفريط ولا اهمال وانما هو من جهتها " .

ويقول ابن عبد البر (١) : "فان كان مع الدابة راكب أو قائد أو سائق ضمن ماكان من سببه لاماكان منها خاصة ..." .

ويقول الباجى (٢) : "ان ماجنته الدابة بوطء تطوه فان ذلك من فعل القائد الذى يقودها والسائق الذى يسوقها لأنه مقتضى السَّوْقِ والقَوْدْ ولاصنع للراكب فى ذلك اذا كان ممسكا فان شاركهما بركض أو زجر أو ضرب أو اشارة كان شريكهما فى جنايتهما تلك" .

وجاء فى المدونة (٣) : "ماأصابت الدابة على القائد والسائق الاأن يكون الذى فعلت الدابة شيئا كان السبب الراكب ولم يكن من السائق ولامن القائد عون فى ذلك، فهو له ضامن " .

فمن نصوص المالكية السابقة يتبين لنا أن الراكب والقائد والسائق انما يضمن اذا كان سببا فى جناية الدابة فقط أو فرط فى حفظها ولم يحترز عن مايمكن الاحتراز عنه .

بناء على ذلك فلا يضمن الراكب أو القائد أو السائق ماأصابت بفمها اذا لم يكن هذا من شأنها فعله ولافَعَلَ بها ماأوجب ذلك .

أما اذا كان هذا من شأنها فعله ولم يحفظ فمها بما يمنعها أو فعل بها ما أوجب ذلك ضمن .

يقول ابن فرحون : "ولو نهرها بمقودها أو صاح عليها فضربت أو كدمت ضمن لأن الجناية حينئذ ليست للعجماء انما هى جناية قائدها أو سائقها أو راكبها" (٤) .

---

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٧/٢) .
(٢) المنتقى (١٠٩/٧) .
(٣) (٤٤٧/٦) .
(٤) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢) .

وكذلك لاضمان عليه عند المالكية اذا نفحت برجلها من غير أن يفعل بها مايستوجب ذلك كنخس ترمح له [(١)] .

يقول ابن عبد البر [(٢)] : "ومن فرق بين الرجل والمقدم فى راكب الدابة وسائقها وقائدها فحجته أنه يمكنه التحفظ من جناية فمها ويدها اذا كان راكبا عليها أو قائدا لها ولايمكنه ذلك من رجلها " .

ويقول الباجى [(٣)] : "وهذا نوع من الجناية مخالف لجنايتها بالوطء على شئ تبلغه لأن جنايتها على ماتطأ عليه هو مقتضى السَّوقِ والقَوْدْ وسبب الراكب ،فلا يحتاج فى ذلك الى تجديد سبب ،لأن سببه موجود،واما أن تكدم أو تنفح فليس ذلك بمقتضى الأسباب الموجودة منهم وانما هو مقتضى مايتجدد من ضرب أو زجر أو نخس فاذا عرى من ذلك فقد قال أشهب ... لايضمن شيئا من ذلك " .

ثالثا : رأى الشافعية .

يقول الامام الشافعى رحمه الله : " يضمن قائد الدابة وسائقها وراكبها ماأصابت بيد أو فم أو رجل أو ذنب ولايجوز الا هذا ،ولايضمن شيئا الا أن يحملها على أن تطأ شيئا فيضمن لأن وطأها من فعله فتكون حينئذ كأداة من أداته جنى بها" [(٤)] .

ويقول النووى : " اذا كان مع البهيمة شخص ضمن ماأتلفته من نفس أو مال سواء أتلفت ليلا أو نهارا،وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها لأنها تحت يده وعليه تعهدها وحفظها" [(٥)] .

وقال أيضا : " قال الامام والدابة النزقة التى لاتنضبط بالكبح والترديد فى معاطف اللجام لاتركب فى الأسواق ومن ركبها فهو مقصر

---

(١) تبصرة الحكام (٣٥٤/٢)، المنتقى (١٠٩/٧ - ١١٠)، المدونة (٤٤٦/٦) ، شرح الزرقانى على الموطأ (٤٧/٤)، التمهيد (٢٣/٧ - ٢٤)،حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)، الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢) .

(٢) التمهيد (٢٤/٧) .

(٣) المنتقى (١٠٩/٧) .

(٤) الأم (١٣٨/٧) .

(٥) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .

ضامن لما تتلفه " (١) .

فقد نص الامام الشافعى رحمه الله على أنه لايضمن اذا لم يحملها على الاتلاف .

وهذا مفهوم النصين السابقين عن النووى فانه قال : لأنها تحت يده وعليه تعهدها وحفظها .

ومفهوم ذلك أنه اذا تعهدها وحفظها فأتلفت شيئا خارجا على حدود قدرته على ضبطها ومنعها وحفظها فانه لاضمان عليه .

وقال أيضا فيمن ركب الدابة النزقة أنه مقصر فيضمن ومفهوم ذلك أن من لم يقصر واختار حيوانا يمكن كبحه وتسييره فى الطرقات من غير أن يضر بأحد فهذا غير مقصر فلا ضمان عليه ان لم يحملها على الاتلاف بل ان الشافعية كغيرهم من الفقهاء ربطوا الضمان بالسبب فمن كان سببا فى جناية الدابة ضمن ماأتلفته سواء كان الراكب أو القائد أوالسائق أو الأجنبى ،يقول النووى : " ولو كان يسير دابة فنخسها انسان فرمحت وأتلفت شيئا فالضمان على الناخس على الصحيح " (٢) .

ولو كان الانسان صاحب المال هو السبب فى اتلاف ماله بأن قصر فى حفظه وعرضه للتلف بأن وضعه فى عرض الطريق الذى تسير عليه الدواب فلا ضمان على صاحب الدابة لو وطئته وأتلفته (٣) .

وأما النفح بالرجل والذنب فمذهب الشافعية مذهب جمهور الفقهاء كما قررنا فى أول المسألة فهم يرون أن النفح بالرجل والذنب هدر لاضمان فيه كاليد والرأس الا أن يكون صاحبها سببا فى ذلك فينسب الفعل اليه ويضمن ماتلف بالنفحة فقد قال ابن حجر فى معرض رده على الحنفية الذين قالوا بعدم ضمان النفحة مطلقا : " ولو صح فاليد أيضا جبار بالقياس على الرجل . وكل منهما مقيد بما اذا لم يكن لمن هى معه ؛ مباشرة ولاتسبب " (٤) .

---

(١) روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) روضة الطالبين (١٩٩/١٠)،مغنى المحتاج (٢٠٦/٤) .

(٤) فتح البارى (٨٥/٢٦ - ٨٦) .

رابعا : رأى الحنابلة .

يقول ابن قدامة معللاً ضمان من مع الحيوان اذا أتلف الحيوان مالا : "لأنه يمكنه حفظها عن الجناية اذا كان راكبا أويده عليها بخلاف من لايد له عليها" (١) .

فعلم من قوله : " ولأنه يمكنه حفظها" .

أن مالايمكنه حفظها ومنعها منه ويصعب عليه التحرز عنه فهو هدر لاضمان فيه .

بناء على ذلك فقد قال الحنابلة : اذا نفحت برجلها أو أتلفت بذنبها فلا ضمان فيه لأنه لايمكنه التحفظ منه . قالوا : مالم يكبحها أى يجذبها باللجام زيادة عن العادة أو يضربها فى وجهها فيضمن ماأتلفته بالنفح لأنه تسبب فى ذلك .

وهناك رواية عن الامام أحمد : أن السائق يضمن النفحة ولكن المذهب على خلاف ذلك (٢) .

وقد ذكر البهوتى وجه تفريق المذهب بين الوطء والنفح فيضمن بالوطء ولايضمن بالنفحة فقال : " وخصّ بالنفح دون الوطء لأن من بيده الدابة يمكنه أن يجنبها وطء مالايريد أن تطأه بتصرفه فيها بخلاف نفحها فانه لايمكنه أن يمنعها منه" (٣) .

والحاصل أن الحنابلة كغيرهم من الفقهاء ربطوا الضمان بالسبب فمن كان سببا فى جناية الدابة لزمه الضمان سواء كان الراكب أو القائد أو السائق أو الأجنبى وفى ذلك يقول ابن قدامة : " ولو كان السبب فى جنايتها غيره مثل أن ينخسها أو ينفّرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأن ذلك هو السبب فى جنايتها" (٤) .

---

(١) المغنى (١٩٠/٩) .

(٢) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٧/٦ - ٢٣٨)،كشاف القناع (١٣٩/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) .

(٣) كشاف القناع (١٣٩/٤)،وراجع شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) .

(٤) المغنى (١٩٠/٩)،وراجع الانصاف (٢٣٨/٦)،غاية المنتهى (٢٤٧/٢) ، التنقيح (ص ٢٣٤) .

خامسا : رأى الظاهرية .

يقول ابن حزم : " وأما القائد فان كان يمسك الرسن أو الخطام فهو حامل للدابة على مامشت عليه فان عمد فالقود والضمان فى المال وان لم يعمد فهو خطأ ... ويضمن المال ... الى أن قال : وأما السائق فان حملها بضرب أو نخس أو زجر على شئ ما فان عمد فالقود والضمان وان لم يعمد فهو قاتل خطأ . فان لم يحملها على شئ فلا ضمان عليه لأنه لم يباشر" [(١)] .

وقال : " اذا جمح به فرسه فان كان هوالمحرك له المغالب له فانه يضمن كل ماجنى بتحريكه اياه ... وأما اذا غلبته دابته فلم يحملها على شئ فلا شئ عليه أصلا فى كل ما أصابت" [(٢)] .

فابن حزم يتفق أيضا مع الفقهاء على أن موجب الضمان هو التسبب والتفريط فان لم يكن منه ذلك فلا ضمان ومن قوله فى تضمين المتسبب "فلو أنه آشلى الكلب على انسان ،أو حيوان فقتله ،ضمن المال وعليه القود مثل ذلك " [(٣)] .

---

(١) المحلى (١٢/٣٤٠ - ٣٤١) .
(٢) المرجع نفسه (١٢/٣٤٦) .
(٣) المرجع نفسه .

المسألة الثانية : ماتتلفه بما ينبعث عنها حال سيرها .

ان أصابت الدابة بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو أفسدت شيئا من رشاش الوَحْلِ بممشاها وقت الوحول والإنداء فهل يضمن من مع الدابة أو لا ؟ اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية[1] والشافعية[2] في قول والمالكية[3] في قول الى عدم تضمين من مع الدابة لأن الطريق لايخلو عنه والمنع من الطريق لاسبيل اليه ،غير أنهم استثنوا من هذا مايلي :

(١) استثنى الحنفية ما اذا كان الحجر كبيراً لأنه يمكن التحرز عنه ،قال الزيلعي : "لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لايخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب"[4] .

وقال ابن عابدين : " فالظاهر أنه من عُنفِهِ في السَّوقِ فيوصف بالتعدي فيؤخذ به"[5] .

(٢) واستثنى الحنفية والشافعية أيضا ما اذا تعدى صاحب الدابة وقصَّر في التحرز مما يمكنه التحرز منه فانه يضمن . يقول ابن عابدين : "محل ذلك اذا لم ينخسها ولم يُنفِّرْها أما لونخسها أو نفَّرها فأثارت غبارا أو حصاة فأتلفت شيئا ضمنه وقيل لو عنَّف الدابة في هذه الصورة ضمن"[6] .

---

(١) الدر المختار (٦٠٤/٦) ،كنز الدقائق (١٤٩/٦) ، الهداية (٣٢٦/١٠) ، المبسوط (١٨٩/٢٦) ،مجمع الأنهر (٦٦٠/٢) .

(٢) روضة الطالبين (١٩٨/١٠) ،مغني المحتاج (٢٠٥/٤) ،قواعد الأحكام (١٩٥/٢) .

(٣) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢ – ٣٥٤) .

(٤) تبيين الحقائق (١٤٩/٦) ، الفتاوى الهندية (٥٠/٦) .

(٥) رد المحتار (٦٠٤/٦) .

(٦) المرجع السابق .

ويقول النووي : "لكن ينبغي أن يحترز مما لايعتاد كالركض المفرط في الوحل والاجراء في مجتمع الوحول فان خالف ضمن مايحدث منه"[1] وقال : "ولو كان يركض دابته فأصاب شيء من موضع السنابك عين انسان وأبطل ضوءها فان كان الموضع موضع ركض فلا ضمان والافيضمن" .

(٣) واستثنى من قال بهذا القول من المالكية ما اذا دفعت الدابة الحصاة بحافرها فضربتها حين اندفعت فعليه الضمان في ذلك[2] .

القول الثاني :

ذهب المالكية في قول لهم[3] والشافعية في القول الثاني[4] وصححه البلقيني وقال الأذرعي انه قول الجمهور: ان صاحب الدابة يضمن ماتلف بما انبعث من دابته حال سيرها مطلقا من غير تفصيل فلا فرق بين الركض المعتاد وبين غيره . جاء في مغنى المحتاج[5] : "قال الأذرعي والظاهر أن هذا التفصيل انما يأتي على طريقة الامام أما على طريقة الجمهور فيضمن في الحالين . ومثل هذا قال البلقيني.فقال : عدم الضمان فيماتلف بركض معتاد بحث للامام بناه على احتماله المذكور والذي يقتضيه قياس المذهب الضمان واطلاق نصوص الشافعي والأصحاب قاضية به" .

---

(١) روضة الطالبين (١٠/١٩٨ - ١٩٩) .

(٢) تبصرة الحكام (٢/٣٥٤) .

(٣) حاشية الدسوقي (٤/٣٥٨)، الفواكه الدواني (٢/٢٦٨)،حاشية العدوي على شرح أبي الحسن على الرسالة (٢/٢٨٣)، الشرح الصغير على أقرب المسالك (٢/٤٤١) .

(٤) مغنى المحتاج (٤/٢٠٥) .

(٥) (٤/٢٠٥) .

المسألة الثالثة : ماتتلفه بما عليها من حمل .

اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) على أنه متى قَصَّرَ صاحب الدابة فى شَدِّ الحمل الذى على ظهر دابته فسقط من على ظهرها فأتلف مالا أو دخل الأماكن التى فيها زحام شديد أو أماكن ضيقة فتلف بسبب حمله مالا كأن خَرَّقَ ثوبا أو هدم حائطا فالضمان عليه فى ذلك كله .

يقول السرخسي (٥) : "ولو وقع سرجها أولجامها أو شىء محمول عليه من أداتها، أو متاع الرجل الذى معه يحمله، فأصاب انسانا فى السير كان ضامنا لأن هذا مما يمكن التحرز عنه وانما سقط لأنه لم يَشُدَّ عليها أو لم يُحْكِمْ ذلك فكأنه ألقاه بيده على الطريق " .

بل ذهب الحنفية الى أنه يضمن لو وقع على الأرض ثم تعثر به شىء فتلف يقول السرخسى (٦) : "وكذا من عَطِبَ به بعدماوقع على الأرض فان عثر به أو تعقل فهو ضامن له بمنزلة مالو وضعه بيده على الطريق" .

ويقول الباجى (٧) : "ولو قاد دابة عليها سرج أو متاع فوقع شىء من ذلك على انسان فقتله ضمنه وذلك ان كان قائدها حَمَّلَ المتاع عليها فان كان حَمَّلَهُ غيره فذلك على حامله الا أن يكون ذلك من شِدَّةِ قَوْدِهِ ومعنى ذلك أن يكون الذى حَمَّلَ المتاع قَصَّرَ فيه بضعف حبل أو وجه غير معتاد مأمون " .

---

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٠٦/٦)، تبيين الحقائق (١٥٠/٦)، الهداية (٣٣٠/١٠)، بدائع الصنائع (٤٧٢٥/١٠) .

(٢) المدونة الكبرى (٦٤٦/٦)، الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢)، المنتقى (٢١٠/٧) .

(٣) روضة الطالبين (١٩٩/١٠)، المنهاج ومغنى المحتاج عليه (٢٠٥/٤-٢٠٦).

(٤) الانصاف (٢٤٢/٦)، كشاف القناع (٤٣/٤)، شرح المنتهى (٤٣١/٢)، المبدع (٢٠٠/٥) .

(٥) المبسوط (١٨٩/٢٦ - ١٩٠) .

(٦) المرجع نفسه .

(٧) المنتقى (١١٠/٧) .

ويقول النووى : "ومن حَمَلَ حطبا على ظهره أو بهيمة فحكَّ بناء فسقط ضمنه ،وان دخل سُوقاً فتلف به نفس أو مال ضمن ان كان زحام فان لم يكن وتمزق ثوب فلا ،الاثوب أعمى ومستدبرا البهيمة فيجب تنبيهه" .[(١)]

ويقول المرداوى : "الحطب الذى على الدابة اذاخَرَّقَ ثوب آدمى بصير عاقل يجد منحرفا فهو هدر وكذلك لو كان مستدبراً أوصاح به منبها له والا ضمنه فيهما" .[(٢)]

---

(١) المنهاج (٢٠٥/٤ - ٢٠٦) .

(٢) الانصاف (٢٤٢/٦) .

المسألة الرابعة : المطالب بالضمان اذا كان معها أكثر من واحد .

لاخلاف بين الفقهاء أنه اذا لم يكن مع الدابة الا رجل واحد فانه يتوجه اليه الضمان سواء كان سائقا أو قائدا أو راكبا . وقد اختلف الفقهاء اذا كان مع الدابة أكثر من واحد من الذى يطالب بالضمان وسوف نعرض ذلك فى أربع حالات :

الحالة الأولى :

اذا اجتمع قائد وسائق وراكب :

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الضمان عليهم جميعا فكل واحد منهم يتحمل ثلث القيمة .لأن كل واحد منهم لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان فاذا اجتمع مع غيره منهم شاركه فى الضمان ،وهو قول الحنفية (١) . ووجه عند الشافعية (٢) والصحيح عند الحنابلة (٣) .

القول الثانى :

الضمان على الراكب فقط لأنه أقوى يدا وهو الراجح عند الشافعية (٤) وقول عند الحنابلة (٥) .

---

(١) المبسوط (١٩٠/٢٦)،رد المحتار (٦٠٥/٦)، الدر المنتقى شرح الملتقى (٦٦٠/٢)، الفتاوى الهندية (٥٠/٦).
(٢) روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .
(٣) كشاف القناع (١٤٠/٤)، الانصاف (٢٣٩/٦)،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢ - ٤٣٠)، المغنى (١٩٠/٩)،غاية المنتهى (٢٤٧/٢) .
(٤) روضة الطالبين (١٩٨/١٠)،مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)،نهاية المحتاج (٣٨/٨ - ٣٩)،زاد المحتاج (٢٨٠/٤) .
(٥) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٩/٦) .

القول الثالث :

الضمان على القائد والسائق وحدهما الا أن يكون الراكب قد شاركهم فالضمان عليهم أثلاثا وهو قول المالكية، قالوا[(١)] :"لأن ماجنته الدابة بوطء تطؤه فان ذلك من فعل القائد الذى يقودها والسائق الذى يسوقها لأنه مقتضى السَّوْقِ والقَوْدْ ولاصنع للراكب فى ذلك اذا كان ممسكا فان شاركهما بركض أو زجر أو ضرب أو اشارة كان شريكهما فى جنايتهما"[(٢)] .

وهذا فى نظرى تعليل قوى ،وبه يظهر لنا رجحان هذا القول . والله أعلم .

الحالة الثانية :

اذا كان مع الراكب سائق أو قائد :

فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الضمان عليهما نصفين وهو الصحيح عند الحنابلة[(٣)] ووجه عند الشافعية ذكر ابن الصَّباغ أنه الأقيس[(٤)].

وعلة الاشتراك عند أصحاب هذا القول : أنهما قد اشتركا فى التصرف وكل واحد منهما لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان فاذا اجتمع مع غيره شاركه فى الضمان .

---

(١) تبصرة الحكام (٣٥٢/٢)، الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢)، المنتقى (١٠٩/٧)، حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤) . واستثنى المالكية ما اذا حصل التلف بكدم أو نفح وكان بسبب من معها فقالوا أحقهم بالضمان السائق ان كان سوقه يُذْعِرُهَا بزجر أو ضرب أو نخس ولم تكن جناية الراكب والقائد يقترن بها تجديد شىء من قبل أحدهم . انظر فى ذلك المنتقى (١٠٩/٧) .

(٢) المنتقى (١٠٩/٧) .

(٣) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٩/٦)، كشاف القناع (١٤٠/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢) .

(٤) المجموع (٤٠/١٨ - ٤١)، روضة الطالبين (١٩٨/١٠) .

وهذا القول قد قال به بعض الحنفية [١] وصححه ابن عابدين وجزم به القهستاني يقول ابن عابدين : "والصحيح ماجزم به القهستاني وقد أخره في الهداية فأشعر بترجيحه كعادته وقدمه في المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل فتنبه" [٢] .

ونقل عن الولواجيه : " الراكب والسائق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو الصحيح وان كان الراكب مباشرا لأن السبب هنا يعمل في الاتلاف فلا يُلغى فكان التلف مضافا اليهما بخلاف الحفر" [٣] .

القول الثاني :

الضمان على الراكب وحده . وهو أحد الوجهين عند الشافعية [٤] وقول عند الحنابلة [٥] وذلك لقوة يده وتصرفه .

وهو قول عند الحنفية [٦] أيضا صححه الحصكفي فقال : " ولو كان سائق وراكب لم يضمن السائق على الصحيح خلافا لما جزم به القهستاني" [٧] .

وصححه أيضا الزيلعي فقال : "لايضمن السائق ماوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه والسائق متسبب والاضافة الى المباشر أولى . وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان ... والصحيح الأول " [٨] .

---

(١) رد المحتار (٦/٦٠٥)، تبيين الحقائق (٦/١٥٠)، الهداية (١٠/٣٢٨) ، المبسوط (٢٦/١٩٠)، بدائع الصنائع (١٠/٤٧٢٢) .

(٢) رد المحتار (٦/٦٠٥) وراجع الهداية (١٠/٣٢٨)، ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر (٢/٦٦٠ – ٦٦١) .

(٣) رد المحتار (٦/٦٠٥) .

(٤) المجموع (١٨/٤٠)، روضة الطالبين (١٠/١٩٨) .

(٥) المغني (٩/١٩٠)، الانصاف (٦/٢٣٩) .

(٦) الدر المختار (٦/٦٠٤)، تبيين الحقائق (٦/١٥٠)، الهداية (١٠/٣٢٨) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٢/٦٦٠) .

(٧) الدر المختار (٦/٦٠٤) .

(٨) تبيين الحقائق (٦/١٥٠) .

ثم عرض الزيلعى حجة القول الثانى ثم أجاب عنها فقال: "ألا ترى أن محمدا ذكر فى الأصل أن الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان ... والجواب عما ذكر فى الأصل أن المتسبب انما "يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لايعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء فان الحفر لايعمل شيئا بدون الالقاء. وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف، وان لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فأضيف الى آخرهما" (١) .

غير أن جواب الزيلعى على ماجاء فى الأصل عَكّر على تصحيحه للقول الأول من أن الضمان على الراكب وحده ولايضمن معه السائق شيئا لأن ماذكره ليس جوابا عما فى الأصل بل هو تحقيق له وتفصيل واللازم من قول محمد فى الأصل وجوب الضمان على السائق والزيلعى قد صحح عدم الوجوب وقد استغرب هذا بعض فقهاء الحنفية فقد جاء فى رد المحتار : "وذكر فى السعدية : أن ماذكره الزيلعى فى معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير ولايصح جوابا عما فى الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له ، واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب وهذا من مثله غريب" (٢) .

وحمل بعض فقهاء الحنفية هذا على أنه سبق قلم من الزيلعى فبدلا من أن يقول بعد أن عرض القولين وهو الصحيح والجواب عن الأول عكس فقال والصحيح الأول والجواب عما ذكر فقد جاء فى رد المحتار (٣) : " وذكر الرملى عن الحلبى عن قارئ الهداية ماصورته : ينبغى أن يقال : وهو الصحيح والجواب عن الأول . اهـ . فيكون التصحيح للقول الثانى والجواب عن القول الأول . ويؤيده قول النهاية أما الجواب عن الأول ...." .

القول الثالث :

الضمان على السائق أو القائد، اذا لم يحصل من الراكب فعل كنخس والا فالضمان على الراكب فقط ، والا شاركاه فى الضمان وهو قول المالكية (٤) .

(١) تبيين الحقائق (١٥٠/٦) .

(٢) رد المحتار (٦٠٥/٦)، وراجع العناية (٣٢٨/١٠ – ٣٢٩) .

(٣) (٦٠٥/٦) .

(٤) حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)، تبصرة الحكام (٣٥٢/٢)، المنتقى (١٠٩/٧) .

وهذا القول هو أعدل الأقوال وأقواها فى نظرى لأنه اذا لم يكن من الراكب فعل فان ماجنته الدابة انما هو مقتضى القَوْدِ والسَّوْقِ ولايؤخذ الانسان بفعل غيره وكذلك ان لم يكن من السائق أو القائد فعل وكان المتسبب هو الراكب بأن نخس الدابة ونحو ذلك فيلزمه الضمان وحده فى هذه الحالة لأنه هو المتسبب فى الاتلاف ولاصنع لمن معه من قائد أو سائق فان اشتركا فى الفعل فالضمان عليهما نصفين لأن هذا من العدل فى تحمل التبعة والله أعلم ٠

الحالة الثالثة :

اذا اجتمع راكبان :

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

الضمان عليهما نصفين وهو قول الحنفية (١) والأوجه عند الشافعية (٢) لأن اليد لهما ٠

القول الثانى :

الضمان على المُقَدَّم منهما لأن اليد له دون الرديف ولأنه هو المتصرف فيها والقادر على كفها ، الا أن يكون المُؤَخَّرُ حركها أو ضربها فيشتركان فى الضمان ٠ فان كان المتصرف فيها هو المؤخر وبيده لجامها لصغر المقدم أو مرضه ضمن المُؤَخَّر دون المُقَدَّم لأنه لايدله عليها ٠ وهذا قول الحنابلة (٣)

---

(١) المبسوط (١٩٠/٢٦)، رد المحتار لابن عابدين (٦٠٥/٦)، بدائع الصنائع (٤٧٢٢/١٠) ٠

(٢) مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)، نهاية المحتاج (٣٩/٨)، زاد المحتاج (٢٨١/٤) ٠

(٣) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٤٠/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٤) ٠

وجه عند الشافعية وقول المالكية (١) فيما اذا كانا مرتدفين (٢) أما اذا كانا متزاملين فالضمان عليهما نصفين وقال المالكية أيضا وأما ماكان من جنايتها بكدم أو نفح فهذا ليس من التسيير فان كان من سبب أحد الراكبين فهو المنفرد بالضمان وان كان من سببهما اشتركا فى الضمان وان كان منغير فعلهما فهو هدر .

والقول الثانى أقوى فى نظري لقوة تعليلهم والله أعلم .

الحالة الرابعة :

اذا اجتمع سائق وقائد :

اتفق الفقهاء من الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة (٦) على أنه اذا اجتمع مع الدابة سائق وقائد فالضمان عليهما فيما أتلفته نصفين .

---

(١) مغنى المحتاج (٢٠٤/٤) .

(٢) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢)، حاشية الدسوقى (٣٥٨/٤)، المنتقى (١٠٩/٧-١١٠) الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢) .

(٣) المبسوط (١٩٠/٢٦)، رد المحتار لابن عابدين (٦٠٥/٦) .

(٤) تبصرة الحكام (٣٥٣/٢)، المنتقى (١٠٩/٧) .

(٥) روضة الطالبين (١٩٨/١٠)، مغنى المحتاج (٢٠٤/٤)، المجموع (٤٠/١٨) ، نهاية المحتاج (٣٩/٨)، زاد المحتاج (٢٨٠/٤) .

(٦) المغنى (١٩٠/٩)، الانصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٤٠/٤)، شرح المنتهى (٤٢٩/٢)، غاية المنتهى (٢٤٧/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٤) .

المسألة الخامسة : المطالب بالضمان اذا كانت البهائم مقطورة ٠

يطلق الفقهاء القطار ويريدون به البهائم المقطورة ببعضها بحيث تربط مقدمة كل واحد بمؤخرة الآخر ٠ ففى هذه الحالة اذا أتلفت شيئا وكان معها واحد أو أكثر فعلى من يكون الضمان ؟

الشافعية لايفرقون بين الدابة الواحدة والدواب المقطورة فى أحكام ضمان القائد أو السائق أو الراكب سواء انفردوا أواجتمعوا أو اجتمع اثنان منهم ٠ يقول النووى : " اذا كان مع البهيمة شخص ضمن ما أتلفته من نفس ومال سواء أتلفت ليلا أو نهارا وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها ،لأنها تحت يده وعليه تعهدها وحفظها وسواء كان الذى مع البهيمة مالكها أو أجيره أو مستأجرا أو مستعيرا أو غاصبا لشمول اليد وسواء البهيمة الواحدة والعدد كالابل المقطورة" (١) ٠

وقد ذكرنا فى المطلب السابق رأى الشافعية فيما اذا كان مع الدابة اثنان فأكثر وحكم الدواب المقطورة حكم الدابة الواحدة كما أشار النص الآنف الذكر فنكتفى بما ذكرنا فى المطلب السابق ٠

أما جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والحنابلة (٤) فمتفقون على أن القائد للقطار اذا كان وحده يضمن ماتلف بسببه سواء فى ذلك ماكان فى أوله أو فى وسطه أو آخره ٠

ولكنهم اختلفوا فيما اذا كان مع القائد آخر كالسائق أو الراكب على ثلاثة أقوال :

---

(١) روضة الطالبين (١٠/١٩٧) ٠

(٢) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦/٦٠٧)،تبيين الحقائق (٦/١٥١)،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٢/٦٦١)،بدائع الصنائع (١٠/٤٧٢٢)، الفتاوى الهندية (٦/٥٣) ٠

(٣) المنتقى (٧/١١٠)، المدونة (٦/٤٤٧)،حاشية الدسوقى (٤/٣٥٨)، الفواكه الدوانى (٢/٢٦٨)،تبصرة الحكام (٢/٣٥٤) ٠

(٤) كشاف القناع (٤/١٤٠)،غاية المنتهى (٢/٢٤٧)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥)،شرح المنتهى (٢/٤٣٠) ٠

القول الأول :

يرى الحنفية[(١)] أنه اذا كان مع القطار قائد وسائق فيشتركان في الضمان في حالتين :

(احداهما) ان كان السّائِق يمشى بجانب القطار غير آخذ بزمام إحدى الدواب المقطورة .

(الثانية) اذا كان آخذا بزمام احداها فيشتركان فيما قدام السائق لاشتراكهما في سبب وجوب الضمان أما ماكان خلف السائق فالضمان عليه فيما أتلفه لاعلى القائد لأنه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المُقَدَّمُ قائدا لما خلف السائق .

هذا اذا كان مع القطار قائد وسائق أما اذا كان معه قائد وراكب ففي كتب الحنفية في ذلك قولان[(٢)] :

(أحدهما) يشتركان في الضمان وصححه ابن عابدين .

(الثاني) التفصيل والى ذلك ذهب الزيلعي فقال : اذا كان الراكب على بعير وسط القطار ولايسوق شيئا منها يضمن ماأصابه بعيره الذى يركبه بالوطء لأنه جُعِلَ فيه مباشرا أما ماأصابه بغير الوطء فهو عليه وعلى القائد .

القول الثاني :

يرى المالكية[(٣)] أنه اذا كان مع القائد سائق كانا شريكين فيما أتلفه المَسُوقُ وماكان قبله أما ماكان بعد الدابة المَسُوقة فلا يضمنها السائق .

---

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٠٧/٦)،مجمع الأنهر (٦٦١/٢) الهداية (٣٣٠/١٠ - ٣٣١)، الفتاوى الهندية (٥٣/٦) .

(٢) رد المحتار (٦٠٧/٦)،تبيين الحقائق (١٥٢/٦) .

(٣) الفواكه الدوانى (٢٦٨/٢)،تبصرة الحكام (٣٥٤/٢) .

القول الثالث :

يرى الحنابلة[1] أنه اذا كان مع القائد سائق فان كانا فى أول القطار اشتركا فى ضمان الجميع لأنه لو انفرد بذلك ضمن جناية الجميع لأن مابعد الأول تابع له سائر بسيره فاذا كان معه غيره وجب أن يشاركه فى ذلك وان كان السائق فى الوسط اشتركا فى ضمان ماباشر سوقه ومابعده لأنه تابع له دون ماقبله فيختص به القائد وحده لأن السائق ليس سائقا له ولاتابعا لما يسوقه .

وان كان السائق فى الأخير اشتركا فى ضمان ماأتلفه الأخير فقط دون ماقبله لأنه ليس سائقا له ولاتابعا لما يسوقه .

وان كان مع القطار راكب فقط فان كان فى أوله ضمن الجميع وان كان فى وسطه ضمن جناية ماهو راكب عليه ومابعده دون ماقبله[2].

وقال ابن قدامة[3] لايضمن الراكب اذا كان فى أول القطار سوى جناية ماهو راكب عليه أو مقطور به لأنه فى حكم القائد قال الحارثى : " وليس بالقوى فان مابعد الراكب انما يسير بسيره ويطأ بوطئه فأمكن حفظه عن الجناية فضمن كالمقطور على ماتحته "[4] .

---

(١) كشاف القناع (١٤٠/٤ - ١٤١)،غاية المنتهى (٢٤٧/٢)،الانصاف (٢٣٩/٦)، شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢) .

(٢) كشاف القناع (١٤١/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٣٠/٢) .

(٣) المغنى (١٩٠/٩) .

(٤) الانصاف (٢٣٩/٦) .

المطلب الثانى : ماتتلفه الدابة وهى واقفة

من أوقف دابته فى طريق المسلمين فأتلفت مالا فقد اختلف الفقهاء فى تضمين صاحبها على قولين :

القول الأول :

ذهب الظاهرية (١) الى أن من أوثق دابته على طريق المسلمين فلاضمان عليه فيما أتلفته .

قال ابن حزم : "وليس كل مسىء ضامنا . وقد علمنا وعلم كل مسلم أن عامل السلاح وبائعها فى الفتن فمخالف ظالم ومسىء ومعين بذلك على قتل الناس ولاخلاف فى أنه لاضمان عليه فان قيل ان غيره هوالمتولى . قيل لهم والدابة هى المتولية أيضا وجرحهاجبار" .

القول الثانى :

وذهب الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) الى أن من أوقف دابته فى طريق المسلمين فأتلفت مالا أو غيره ضمن صاحبها فى الجملة .

يقول السرخسى : " هو ممنوع من ايقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة ولأن الطريق ماأعد لايقاف الدواب فيه فيكون هو فى شغل

---

(١) المحلى (٣٤١/١٢) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٠٣/٦ - ٦٠٤)،تبيين الحقائق (١٤٩/٦)،حاشية الشلبى (١٥٠/٦)، الهداية (٣٢٦/١٠)،مجمع الأنهر والدر المنتقى بحاشيته (٦٦٠/٦) .

(٣) المدونة (٤٤٥/٦)، الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢)،حاشية العدوى على شرح رسالة القيروانى (٢٨٤/٢)، شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك (٤٧/٤ - ٤٨)، التمهيد (٢٧/٧)، المنتقى (٧/ ١١٠) .

(٤) روضة الطالبين (١٩٧/١٠)،مغنى المحتاج (٢٠٥/٤ - ٢٠٦) .

(٥) المغنى (١٩١/٩)، المبدع (١٩١/٥)،كشاف القناع (١٣١/٤)،شرح المنتهى (٤٢٦/٢) ،غاية المنتهى (٢٤٣/٢)، التنقيح (ص ٢٢٣)، الانصاف (٢٢٠/٦) ، القواعد (ص ٢٠٣) .

الطريق بما لم يُعَدّ الطريق له متعديا والمتعدى فى التسبب يكون ضامنا"(١).

ويقول البهوتى : "ولأن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها فايقافها فى الطريق كوضع الحجر ونصب السكين"(٢).

ويقول الشربينى : "لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة كاخراج الجناح والروش الى الطريق"(٣).

وللفقهاء على ذلك بعض الاستثناءات :

فقداستثنى الحنفية والمالكية وبعض الشافعية الأماكن التى أذن الامام بالوقوف فيها .

زاد المالكية أو تعارف الناس على الوقوف فى مثلها فهذه لاضمان فيما أتلفته الدابة فيها اذا كانت واقفة .

يقول الزيلعى(٤) : "ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة فى سوق الدواب لأنه مأذون له من جهة السلطان" .

ويقول النفراوى(٥) المالكى : "أو أتلفته وهى واقفة فى محلها المعد لها أو المأذون فيه شرعا كباب المسجد أو السوق ولم تكن معروفة بالعداء،وحصل الاتلاف منها لغير شئ فعل بها فذلك هدر" .

ويقول ابن عبدالبر(٦) : "وان أوقفها فى موضع يَعْرِف الناس مثله توقف فيه الدواب أو يوقف فى مثله دابة قال ابن حبيب نحو دار نفسه أو باب المسجد أو دار العالم أو القاضى أو ما أشبه ذلك فلا ضمان عليه فيما جنت" .

---

(١) المبسوط (١٨٩/٢٦) .

(٢) كشاف القناع (١٣١/٤) .

(٣) مغنى المحتاج (٢٠٥/٤) .

(٤) تبيين الحقائق (١٤٩/٦)،وانظر الدر المنتقى (٦٦٠/٦)،رد المحتار (٦٠٤/٦)،الفتاوى الهندية (٥٠/٦ - ٥١) .

(٥) الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢) .

(٦) التمهيد (٢٧/٧).

ويقول الرملى[(١)] : "ومالو ربطها بطريق متسع باذن الامام أو نائبه كما لو حفر فيه لمصلحة نفسه" .

واستثنى بعض الحنابلة[(٢)] ما اذا كان الطريق واسعا فأوقفها فيه فأتلفت فقد قالوا بعدم الضمان وهى رواية عن الامام أحمد رحمه الله حيث قال فى رواية أحمد بن سعيد اذا أوقف على نحو مايقف الناس أو فى موضع يجوز أن يقف فى مثله فنفحت بيد أو رجل فلاشئ عليه قال القاضى ظاهره أنه لاضمان اذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا .

قال فى الانصاف[(٣)] : "قال الحارثى وهو الأقوى نظرا" .

ولكن أكثر الحنابلة[(٤)] على عدم التفريق بين الواسع والضيق وهو المنصوص عن الامام أحمد قال فى رواية أبى الحارث : "اذا أقام دابة على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له فى الطريق حق" وكذا نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدابة اذا ربطها فى الطريق وكذا أطلق ابن أبى موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة الضيق والسعة قال هذا ابن رجب الحنبلى[(٥)] .

وعدم التفريق بين حالة الضيق والسعة هو الصحيح من مذهب الشافعية[(٦)] قال النووى : " ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه باذن الامام ودون اذنه"[(٧)] .

وبعد عرض أقوال الفقهاء فى مسألة من أوقف دابته فأتلفت مالا تبين لى أن منشأ الخلاف بين الظاهرية وبين الفقهاء فى المذاهب الأربعة فى الأصل عندهم ثم استثناؤهم من الأصل هو هل يعتبر بإيقافه الدابة فى طريق المسلمين متعديا أو لا ؟

---

(١) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٤٠/٨) .

(٢) الانصاف (٢٢١/٦)، القواعد (ص ٢٠٣) .

(٣) (٢٢١/٦) .

(٤) كشاف القناع (١٣١/٤)، شرح المنتهى (٤٢٦/٢)، التنقيح (ص ٢٢٣)، غاية المنتهى (٢٤٣/٢) .

(٥) القواعد (ص ٢٠٣) .

(٦) روضة الطالبين (١٩٧/١٠) .

(٧) المرجع نفسه .

فمن رأى أنه ليس بمتعد وهم الظاهرية نفى الضمان .

ومن رأى أنه متعد الا فى حالات قال بتضمينه فيما سوى تلك الحالات وهم فقهاء المذاهب الأربعة .

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى لأن السير والوقوف فى الطريق مباح مشروط بسلامة العاقبة . وايقاف الدابة فى الطريق العام مع احتمال اتلافها لأموال الناس تعد وتفريط تعد لأنه أوقفها فى ملك مشترك لم يُعَد للوقوف وانما للسير .

وتفريط لأنه لم يحفظ دابته مع احتمال وقوع الاتلاف منها . والله أعلم .

المطلب الثالث : تلف الأموال بما يصدر عن الدابة من بول وروث ونحوهما

اذا راثت الدابة أو بالت فى الطريق فتلف بذلك مال لغيره فهل يضمن صاحبها ماتلف به أو لا ؟

فَرّقَ الفقهاء فى ذلك بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن تكون سائرة :

وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[(١)] والشافعية[(٢)] والمالكية[(٣)] والحنابلة[(٤)] فى قول الى أنه لاضمان على صاحبها لأن السير لايخلو عن ذلك والمنع من الطريق لاسبيل اليه ولأن الاحتراز عن البول والروث غير ممكن .

القول الثانى :

وهو المذهب عند الحنابلة[(٥)] أنه يلزم صاحبها ضمان ماتلف ببولها أو روثها لأن الارتفاق فى الطريق مشروط بسلامة العاقبة .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٠٣/٦ - ٦٠٤)،تبيين الحقائق (١٤٩/٦ - ١٥٠)،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦٠/٢)، الهداية (٣٢٧/١٠)، المبسوط (١٨٩/٢٦)، الفتاوى الهندية (٥٠/٦) .

(٢) روضة الطالبين (١٩٧/١٠ - ١٩٨)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٠٥/٤)،نهاية المحتاج (٤١/٨)،قواعد الأحكام (١٩٦/٢) .

(٣) المنتقى (١١٠/٧ - ١١١)،تبصرة الحكام (٣٤٦/٢ - ٣٤٧)، الفواكه الدوانى (٢٦٩/٢)، الموطأ للامام مالك (٨٦٩/٢) .

(٤) المغنى (٤٣٠/٨)، الانصاف (٣٣/١٠ - ٣٤)، التنقيح (ص ٣٥٩) .

(٥) المراجع السابقة وراجع أيضا كشاف القناع (٤/٦)،شرح منتهى الارادات (٢٩٩/٣)، المبدع (٣٢٩/٨) .

والذى يظهر لى أن القول الأول أرجح من القول الثانى لأن البول والروث لايمكن الاحتراز منه . والقاعدة أن مالايمكن الاحتراز منه لاضمان فيه والله أعلم .

الحالة الثانية :

أن تكون واقفة .

وقد اختلف الفقهاء أيضا على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية فى قول وصححه النووى والحنابلة فى قول وهو المذهب الى أنه يلزم صاحبها ضمان ماتلف ببولها وروثها[(١)] .

وقَيَّدَ الحنابلة ذلك بأن تكون يده عليها فان لم تكن يده عليها فلا ضمان .

وخَصَّ المالكية ذلك بمن يتخذ لدابته مربطا فى طريق أما ان أوقفها لحاجة أو فى موقف أذن فيه الامام فبالت أو راثت فتلف به شئ فلاضمان فى ذلك .

واستثنى الحنفية ما اذا كانت سائرة ثم أوقفها للبول أو الروث فراثت أو بالت فتلف به شئ فهذا لاضمان فيه قالوا : لأن الدابة لاتروث ولاتبول غالبا الا بعد الوقوف فيكون من ضروراته . فلا يجب به ضمان .

وقد نَبَّهَ الشافعية[(٢)] على أن محل الضمان اذا لم يقصد المار المشى على البول فلو مشى قصدا عليه فتلف به فلا ضمان .

ومن ذهب الى هذا القول من الشافعية والحنابلة لم يفرق بين سعة الطريق وضيقه لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة .

ولأنه متعد بايقافها اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقافها فيه والايقاف أكثر ضررا من السير لكونه أدوم .

---

(١) المراجع السابقة (هامش ١ ــ ٥) الصفحة السابقة .

(٢) مغنى المحتاج (٢٠٥/٤)،حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٤١/٨) .

القول الثانى :

وهو المعتمد عند الشافعية[١] وقول عند الحنابلة ذكر ابن قدامة[٢] أنه قياس المذهب وصوبه المرداوى[٣] وهو أنه لاضمان فيما تلف بروث أو بول الدابة لأنه لايمكنه التحرز منه ٠

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول لأنه متعد بايقاف الدابة فى طريق مشترك لم يُعَد للوقوف فيه فما تلف بسبب هذه الدابة وبأى وجه كان التلف بنفح أو خبط أو كدم أو بول أو روث فالضمان يلزمه ويتحمل نتيجة عدوانه ٠

واذا لم يمكن التحرز من البول والروث فالتحرز من ايقافها فى الطريق العام ممكن ٠ والله أعلم ٠

---

(١) روضة الطالبين (١٩٨/١٠)،نهاية المحتاج (٤١/٨)،مغنى المحتاج (٢٠٥/٤) ٠

(٢) المغنى (٤٣٠/٨) ٠

(٣) الانصاف (٣٣/١٠ - ٣٤)، التنقيح المشبع (ص ٣٥٩) ٠

المطلب الرابع : التلف الناشئ عن تصادم وسائل الركوب القديمة

بنى الفقهاء رحمهم الله أحكام الاصطدام على ماسبق أن أشرنا اليه من أنه لاضمان فيما تتلفه الحيوانات الا بتعدى من معها أو تفريطه أو تقصيره فى الحفظ أو فى التحرز مما يمكن الاحتراز عنه ٠

بناء على ذلك :

فقد اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) على أنه لو اصطدم فارسان وماتت دابتاهما وكان ذلك بتفريط منهما بحيث يقدر كل منهما على صرف دابته عن الآخر فلم يفعل فان كل واحد منهما ضامن لما أتلفه للآخر ٠

واختلفوا فيما اذا عجز عن صرفها عن الدابة الأخرى حتى صدمتها فماتت هل يلزمه ضمان أو لا ؟ على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه لاضمان عليه لأنه غير مفرط (٥) ٠

القول الثانى :

أن عليه الضمان وهو المذهب عند الشافعية (٦) وقول عند المالكية

---

(١) رد المحتار (٦٠٥/٦) ٠

(٢) المنتقى (١١٠/٧)، المدونة (٤٤٦/٦)، الشرح الكبير (٢٤٧/٤ – ٢٤٨)، منح الجليل (٣٥٩/٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٥٢/٢) ٠

(٣) مغنى المحتاج (٨٩/٤ – ٩٢)، نهاية المحتاج (٣٦٢/٧)، روضة الطالبين (٣٣١/٩)، الأم (١٦٥/٦) ٠

(٤) كشاف القناع (٨/٦ – ٩)، المغنى (١٩١/٩)، الانصاف (٣٦/١٠)، شرح منتهى الارادات (٣٠١/٣)، المحرر (١٣٦/٢) ٠

(٥) المراجع السابقة ٠ هامش رقم (١، ٢، ٤) ٠

(٦) روضة الطالبين (٣٣١/٩)، نهاية المحتاج (٣٦٢/٧) ٠

رجحه الدردير فقال : "لكن الراجح أن العجز الحقيقي في المتصادمين كالخطأ فيه ضمان الدية في النفس والقيم في الأموال"(١) .

والقول بتضمين كل واحد من المتصادمين مقيد عند الحنفية والحنابلة بما اذا كانا مقبلين على بعضهما زاد الحنابلة أو مدبرين .

أما اذا كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فالضمان على المؤخر فقط يقول ابن عابدين : " وهذا ليس على اطلاقه بل محمول على ما اذا تقابلا لما في الاختيار:سار رجل على دابته فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لاضمان على المقدم وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر"(٢) .

ويقول ابن قدامة : " وان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أواحداهما فالضمان على اللاحق لأنه هو الصادم والآخر معدوم فهو بمنزلة الواقف "(٣) .

وان تعدى أحدهما أو فرط دون الآخر فقد نص الحنابلة(٤) على أن الضمان على المفرط مثل أن يكون احدهما سائرا والآخر واقفا فالضمان على السائر فيما اذا أتلف دابة الواقف ولو تلفت دابته بسبب ذلك فلا شئ على الواقف لأنه لم يجن عليه أحد بل جنى على نفسه الا اذا كان الواقف متعد في وقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فلا ضمان على السائر لأنه لم يتعد عليه بل الواقف هو المتعدي ولايضمن الواقف للسائر شيئا لأنه لم يجن عليه .

والحاصل أن أكثر الفقهاء متفقون كما ذكرنا على أن ضابط التضمين هو التعدي والتقصير في الحفظ والحكم يدور معه وجودا وعدما .

ومتى قال الفقهاء بالضمان في حالة الاصطدام فما مقدار مايضمنه كل واحد للآخر اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

يضمن كل واحد كامل قيمة الدابة التي أتلفها لأنها ماتت بفعله

---

(١) الشرح الكبير (٢٤٨/٤) .

(٢) رد المحتار (٦٠٥/٦) .

(٣) المغني (١٩١/٩)،وراجع كشاف القناع (٨/٦)،شرح منتهى الارادات(٣٠١/٣).

(٤) كشاف القناع (٨/٦ - ٩)،المغني (١٩١/٩ - ١٩٢)،شرح منتهى الارادات (٣٠١/٣ - ٣٠٢) .

وهو قول الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] والمذهب عند الحنابلة[(٣)] .

القول الثانى :

يضمن كل واحد منهما نصف قيمة الدابة التى أتلفها والنصف الآخر هدر لاشتراكهما فى الاتلاف فكل دابة هلكت بفعل صاحبها وفعل غيره فيهدر فعل صاحبها وهو النصف ويضمن الثانى النصف الآخر وهو قول عند الحنابلة[(٤)] وقول الشافعية[(٥)] فيما اذا كانت الدابتان لهما أما اذا كانت لغيرهما كالمعارتين والمستأجرتين لم يهدر منهما شئ لأن المعار ونحوه مضمون اذا أتلفه ذو اليد ،لأنه مال أجنبى ولايهدر من ماله شئ ففى هذه الحالة يضمن كل واحد منهما كامل قيمة ماأتلفه .

ويلاحظ أن ضابط التضمين بالتعدى والتقصير أو التفريط فى الحفظ مُطَّرِدٌ لدى الفقهاء فى جميع وسائل الركوب وبناء على ذلك قال الفقهاء فى أحكام اصطدام السفن :

اذا اصطدمت سفينتان ولم يفرط ملاحاهما فلا ضمان عليهما لأن الملاحين لايُسَيِّران السفينتين بفعلهما ولايمكنهما ضبطهما فى الغالب ولا الاحتراز من ذلك ومالايمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه .

جاء فى المدونة[(٦)] : "قلت أرأيت لو أن سفينة صدمت سفينة أخرى فكسرتها فغرق أهلها ؟ قال قال مالك : ان كان ذلك من ريح غلبهم أو من شئ لايستطيعون حبسها منه فلاشئ عليهم" .

---

(١) رد المحتار (٦٠٥/٦) .

(٢) المنتقى (١١٠/٧)، المدونة (٤٤٦/٦)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٥٢/٢) .

(٣) الانصاف (٣٦/١٠)،كشاف القناع (٨/٦)، المغنى (١٩١/٩)،شرح منتهى الارادات (٣٠١/٣) .

(٤) كشاف القناع (٨/٦)، الانصاف (٣٦/١٠) .

(٥) روضة الطالبين (٣٣١/٩)،مغنى المحتاج (٨٩/٤ - ٩٠)،نهاية المحتاج (٣٦٢/٧ - ٣٦٣)، الأم (١٦٥/٦) .

(٦) (٤٤٦/٦)،وانظر المنتقى (١١٠/٧)، الشرح الكبير (٢٤٩/٤)،منح الجليل (٣٦٠/٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٥٢/٢) .

ويقول الشربينى : " فان حصل الاصطدام بغلبة الريح فلا ضمان"(١) .

وجاء فى كشاف القناع : " وان اصطدمت سفينتان واقفتان أو مُصْعِدَتان أو منحدرتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما أي من القَيِّمَيْن سفينة الآخر ومافيها من نفس ومال ان فَرَّطَ لأن التلف حصل بسبب فعليهما فوجب على كل منهما ضمان ماتلف بسبب فعله كالفارسين اذا اصطدما وان لم يفرط واحد منهما فلا ضمان على واحد منهما لعدم مباشرته التلف وتسببه فيه"(٢) .

ولو قَدِرَ على صرفها عن الأخرى فلم يصرفها خوفا من غرق أو نهب أو أسر أو وقوع فى ظُلْمَةٍ فهو مفرط عند المالكية ضامن لما تلف بسبب هذا التصادم قال الدردير : " لأن هذا ليس من العجز الحقيقى لقدرتهم على الصرف وليس لهم أن يَسْلَمُوا بهلاك غيرهم"(٣) .

ومن صور التفريط ماجاء فى كشاف القناع : " والتفريط أن يكون قادرا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى لاصدم معها فلم يفعل أو لم يكمل القَيِّم آلتها من الرجال والحبال وغيرها كالمراسى والأخشاب التى يحتاج اليها فى حفظها"(٤) .

ومقدار مايضمنه كل واحد للآخر هو ماذكرناه عند تصادم الفارسين اما أن يضمن كامل القيمة أو النصف على الخلاف المذكور هناك الا أن الحنابلة قالوا : اذا تعمد الملاحان التَّصادُمَ فهما شريكان في ضمان ماتلف فيضمن كل واحد منهما نصفه(٥) .

---

(١) مغنى المحتاج (٩٢/٤)،وانظر روضة الطالبين (٣٣٧/٩)،نهاية المحتاج (٣٦٦/٧)، الأم (١٦٥/٦) .

(٢) (١٤٤/٤)،وانظر المغنى (١٩٣/٩)،شرح منتهى الارادات (٤٣١/٢)، المحرر (١٣٦/٢) .

(٣) الشرح الكبير (٢٤٩/٤)،وانظر المنتقى (١١٠/٧)،منح الجليل (٣٦٠/٤).

(٤) (١٤٤/٤)،وانظر صورا أخرى للتفريط فى روضة الطالبين (٣٣٧/٩)،نهاية المحتاج (٣٦٦/٧)، المغنى (١٩٣/٩) .

(٥) شرح منتهى الارادات (٤٣١/٢)،كشاف القناع (١٤٤/٤) .

المبحث الثانى

فيما تتلفه وسائل الركوب الحديثة

لقد عرضنا فى المطالب السابقة آراء الفقهاء رحمهم الله فيما تتلفه وسائل الركوب من الدواب والسفن الشراعية وهى وسائل المواصلات التى كانت معروفة فى زمانهم ٠ومع تطور العلم والعالم جدّت وسائل نقل الى جانب تلك الوسائل الموجودة فى الزمن السابق كالسيارات والبواخر والدراجات وغير ذلك من وسائل الركوب الحديثة التى يحتاجها الناس فى تنقلاتهم وحمل أمتعتهم ونحو ذلك مما لاغنى لهم عنه ٠وحينما عرضت آراء الفقهاء فيما تتلفه وسائل النقل الموجودة لديهم وفى زمانهم تبين لى أنهم متفقون فى الجملة على ضابط التضمين وقد أشرت اليه فيما سبق وهو أن المتسبب يضمن بالتعدى والتفريط ٠ وان اختلفوا فى قليل من الفروع فبعضهم يُضَمِّن وبعضهم لايُضَمِّن فمنشأ ذلك اختلاف الأعراف والعادات من زمن الى زمن ومن مكان الى مكان وليس منشؤه الدليل النقلى ٠ فمثلا مايمكن الاحتراز منه فى زمن قد لايمكن الاحتراز منه فى زمن آخر وكذلك العكس ،ومايعتبره بعض الناس فى مكان أو زمان "ما" تفريطا قد لايعتبره البعض فى زمن أو مكان آخر تفريطا وهكذا ولذلك نجد أنهم يُعلِّلُونَ الحكم بالضمان دائما بعبارات "لأنه مفرط، أو متعد أو يمكنه الاحتراز منه" ٠

وعلى هذا الأساس يمكننا ان شاء الله تخريج أحكام ما استجد من وسائل على الأحكام التى نصّوا عليها بالنسبة لما هو موجود فى زمانهم يقول الشيخ عبد الرحمن بن سعدى فى معرض اجابته على سؤال عن حكم ضمان ماتتلفه السيارات أو يَتَلَفُ من جَرّائها من نفس أو مال : " فهذه المسائل وما أشبهها ينبغى لأهل العلم أن يُطبقُوها على الكلام الكلى للأصحاب وينظروا مايطابقه وينطبق عليه ليتم لهم معرفة مأخذ الصور ويسهل عليهم تطبيق الحوادث الجزئيات على النصوص الكليات ولايأخذ

المسائل مجردة عن الأصل الذى أخذت عنه فان هذا قصور ... فان أهل العلم رحمهم الله وجزاهم عن المسلمين خير الجزاء قصدوا فى كلماتهم المحكمة الكلية أن تحيط بجميع مايحدث من الجزئيات ولهذا لايكاد البصير أن يجد مسألة خارجة عن دخولها فى عباراتهم" (١) .

بل قد نص الفقهاء على أن أحكامهم هذه تنطبق على ماشابهها من مسائل وانما خصّوا الدواب مثلا بالذكر لأنها هى التى يغلب استعمالها فى ذلك الوقت وان كان غيرها يأخذ حكمها بلا ريب . يقول الدردير : "وانما خصّ الفرس لأن التصادم غالبا يكون فى ركوب الخيل"، قال الدسوقى : "قوله وانما خصّ الفرس . أى بالذكر مع أن مثلها كل ماتلف بسبب التصادم" (٢) .

ويقول القاضى عليش : "ولاخصوصية للفرس بل كل ماتلف بسبب التصادم حكمه كالفرس" (٣) .

ويقول البابرتى : "حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر" (٤) .

ونقل قاضى زاده عن معراج الدراية قوله : "وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييدُ بالفارسين اتفاقى أو بحسب الغالب" (٥) .

ونقل عن النهاية : " وفى تقييد الفارسين فى الكتاب بقوله : واذا اصطدم الفارسان ،ليست زيادة فائدة فان الحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره فى المبسوط سوى أن موت المصطدمين فى الغالب انما يكون بالفارسين " (٦) .

---

(١) الفتاوى السعدية (ص ٥٦٣ - ٥٦٤) .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٤٩/٤) .
(٣) منح الجليل (٣٦٠/٤) .
(٤) العناية على الهداية (٣٢٩/١٠) .
(٥) تكملة شرح فتح القدير (٣٢٩/١٠) .
(٦) المرجع نفسه .

جاء فى نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى : " واذا كان هذا هو كلام الفقهاء فى أحكام الاصطدام بين المشاة والفرسان والسفن،فليس معنى هذا أن كلامهم مقصور على راكب الحيوان وملّاح السفينة الشراعية بل ان كلامهم فى هذا ينبه الى قواعد وضوابط تطبق على كل ماأحدثه الانسان للركوب من سيارات ونحوها .

واذا كانت هذه الضوابط تطبق على راكب الحصان البسيط فمن باب أولى أن تطبق على سائق السيارة الفارهة وملاح الطائرة الضخمة لأن السائق والملاح يتحكمان بمركوبيهما أكثر من تحكم الراكب بحصانه ذلك أن السيارة والطائرة عبارة عن آلة فى يد المتحكم فيها فما ينشأ عنها من ضرر يكون من قبيل المباشرة غالبا . أما الحيوان فيتحرك بغير ارادة صاحبه ولهذا فان الضرر الذى يحدث عنه يكون من قبيل التسبب غالبا بالنظر لراكبه وهكذا فما يطبق على ملاح السفينة البسيطة يجب أن يطبق على ملاح الباخرة ونحوها لأن ملاح الباخرة يستطيع التحكم فيها أكثر من تحكم السفينة الشراعية بسفينته بل لامقارنة بينهما فيجب أن يكون الضمان على قدر المسئولية" (١) .

بناء على ذلك : سنراعى باذن الله تعالى فى تخريج أحكام ماتتلفه وسائل النقل الحديثة أمرين هامين :

(أحدهما) اختلاف الأعراف والعادات بين الزمن الحاضر وزمن الفقهاء رحمهم الله وقد تعارف الناس فى زماننا هذا على أنظمة وقوانين معينة فى السير والوقوف والحمل ونحو ذلك (٢) وجعلوها ملزمة فمن تجاوزها أمكن أن يقال فى حقه انه متعد أو مقصر فيلزم بالضمان .

---

(١) نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد الأحمد (ص ٣٧٦ - ٣٧٧) ، مطبوع على الآلة الكاتبة رسالة دكتوراه جامعة أم القرى . وقد اجتهد فى تخريج بعض الأحكام للمركبات الحديثة على أقوال الفقهاء راجع الصفحات (٣٥٢،٣٥٧،٣٥٨،٣٦٠،٣٦٣) .

(٢) انظر فى مثل ذلك نظام المرور فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ فى ١٣٩١/١١/٦هـ .

(الثانى) ما استجد فى وسائل النقل الحديثة من وسائل السلامة كالمِكْبَح والمُنَبِّه والمِقْوَد ونحو ذلك مما يجعل قائد المركبة مسئولا فى الغالب عما يتلفه لأن المركبة انما تسير بتسييره لها فهى آلة فى يده بخلاف الدابة .

وفيما يلى نعرض ان شاء الله تعالى الأحكام المخرجة على أقوال الفقهاء المتفق عليه أو ماظهر لى رجحانه عند الاختلاف :

(١) قائد المركبة (١) مسؤول عما تتلفه مركبته من أموال الناس سواء حصل ذلك بعجلاتها الأمامية أو الخلفية ، بمقدمتها أو بمؤخرتها . وكذلك ماتتلفه بالعربات المقطورة فيها . ويعتبر فى ذلك مباشرا فى الاتلاف لامتسببا ،لأن تلك المركبة عبارة عن آلة فى يده يتصرف فيها كيف شاء .

الا اذا عجز عجزا حقيقيا عن صرفها مثل أن يتعطل المقود أو عن ايقافها مثل أن يتعطل المكبح ونحو ذلك مما يحصل فجأة ولم يكن نتيجة اهمال فى صيانتها واصلاحها فلاضمان عليه فى هذه الحالة قياسا على السفينة اذا صدمت أخرى بغلبة الريح أو شدة جريان الماء فقد قال الفقهاء لاضمان على صاحبها فى هذه الحالة لأن ذلك ليس فى وسعه ولايكلف الله نفسا الا وسعها .

ويستثنى من ذلك وسائل الركوب والنقل ذات الطرق الخاصة بها كالطائرات وقطارات السكك الحديدية فمثل هذه الوسائل ينبغى مراعاة أنها لايمكن ايقافها وقوفا متكررا كالسيارات بل ان سيرها ووقوفها على المدرجات والسكك يخضع لضوابط معينة ومعايير دقيقة .

وكذلك ينبغى مراعاة أن سيرها فى هذه الطرق أعنى المدرجات والسكك الحديدية ليس مشروطا بسلامة الآخرين ممن ليس لهم الحق فى استعمال هذه الطرق فمثلا ليس لقائد السيارة أن يقود سيارته فى مدرج الطائرة أو سكة الحديد فان فعل ذلك فهو المتعدى المعرض ماله للتلف .

---

(١) المركبة هى كل وسيلة نقل أو جر ذات عجلات تسير بقوة آلية . انظر نظام المرور السابقة مادة (١) .

أما الذين لهم الحق فى استعمال هذه الطرق وهم أصحاب الوسائل المماثلة فهؤلاء يأخذون حكم الوسائل الأخرى مع بعضها البعض فمن نسب الى التعدى أو التقصير والتفريط فانه يضمن والا فلا .

(٢) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بما ينبعث عن مركبته أثناء سيرها فى الطرق العامة من غبار وحجارة ورشاش وحل متى أمكن نسبة ذلك اليه بأن كان نتيجة عنفه وتهوره فى القيادة لأنه يمكنه تلافى ذلك والاحتراز عنه بالقيادة المتأنية الهادئة .

(٣) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بسبب ماحَمَّلَهُ على مركبته من أمتعة أو أتربة ورمال وحجارة ، أو حطب وحديد ونحو ذلك سواء أتلفَتْ بسقوطها أو وهى على ظهر المركبة متى أمكن نسبة ذلك اليه بأن قصَّر فى شدها واحكامها ، أو خالف التعليمات الصادرة من الامام أو نائبه بالنسبة لأوزان الحمولات وأبعادها وتغطية الرمال والأتربة والحجارة بغطاء يمنع من تحريك الرياح لها أثناء السير (١) .

فان لم يكن منه تفريط ولاتعد فى ذلك فلا ضمان عليه .

(٤) يضمن قائد المركبة ماتلف من أموال الناس بما تخلفه مركبته فى الطرق العامة أثناء سيرها أو وقوفها من سوائل كالمياه والزيوت وكذلك الشحوم لأن عليه تعهدها وصيانتها عن تسرب تلك السوائل فمتى قصَّر فى ذلك ضمن ماتلف به .

(٥) من عرض ماله للتلف أو فرط فى حفظه فتلف فهو هدر لاضمان فيه فعلى ذلك من أوقف سيارته أونحوها فى الشوارع والأماكن التى منع الامام أو نائبه الوقوف فيها (٢) أو فى الشوارع الضيقة المسلوكة فهو متعد فى ذلك مفرط فى حفظ سيارته عن التلف فاذا تلفت بسبب وقوفه هذا فلا ضمان على متلفها لأن صاحبها هو المتعدى بايقافها

---

(١) انظر فى هذه التعليمات نظام المرور فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ فى ١٣٩١/١١/٦هـ وقد نص فى المواد من ١٥٤ – ١٦٩ على قياس المركبات وحمولتها وأوزانها .

(٢) انظر فى ذلك نظام المرور فى المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ فى ١٣٩١/١١/٦هـ وقد حدد الأماكن التى يمنع الوقوف فيها فى المادة (٨٦) .

فى ذلك المكان .

وقد أورد صاحب نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى[(١)] بعض فقرات من بحث أعدته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية ويعتبر تكملة لما خرجته سابقا على أقوال الفقهاء وقد جاء فيه :

(٦) ان أدركت سيارة سيارة أمامها فصدمتها ضمن سائق اللاحقة ماتلف من النفوس والأموال فى سيارته والسيارة المصدومة . لأنه متعد بصدمه لما أمامه والأمامية بمنزلة الواقفة بطريق واسع . الا اذا حصل من سائق الأمامية فعل يعتبر سببا أيضا فى الحادث كأن يوقف سيارته فجأة أو يرجع بها الى الخلف أو ينحرف بها الى ممر اللاحقة ليعترض طريقها فالضمان بينهما على ماتقدم من الخلاف[(٢)] .

(٧) ان صدمت سيارة نازلة من عقبة مثلا سيارة صاعدة فالضمان على سائق المنحدرة الا اذا كان مغلوبا على أمره فلا ضمان عليه أو كان سائق الصاعدة يمكنه العدول عن طريق النازلة فلم يفعل فالضمان بينهما .

قلت : وهذا قياس منهم على اصطدام السفينتين[(٣)] .

---

(١) (ص ٣٧٨ - ٣٧٩) .

(٢) قلت : قد تقدم أن جمهور الفقهاء يقولون أن على كل واحد منهما ضمان قيمة ماتلف للآخر يقول ابن قدامة : " اذا ثبت هذا فان قيمة الدابتين ان تساوتا تقاصا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها" . انظر المغنى (١٩١/٩) .
وذهب الشافعية وهو قول عند الحنابلة أن على كل واحد منهما نصف قيمة ماتلف للآخر لاشتراكهما فى الاتلاف وهذا عند الشافعية اذا كانت المركبتان للمصطدمين أما ان كانت لغيرهما كالمستأجرتين والمعارتين فيضمن كل منهما كامل قيمة ماتلف من الآخر من غير نقص لأن مال الأجنبى لايهدر منه شئ .

(٣) انظر كشاف القناع (١٤٤/٤ - ١٤٦)، شرح المنتهى (٤٣١/٢)، المغنى (١٩٣/٩) .

(٨) اذا وقف سائق سيارة بسيارته أمام اشارة المرور مثلا ينتظر فتح الطريق فصدمت سيارة مؤخرة سيارته صدمة دفعتها الى الأمام فصدمت بعض المشاة مثلا فمات أو أصيب بكسور ضمن من صدمت سيارته مؤخرة السيارة الأخرى كل ماتلف من نفس ومال لأنه متعد بصدمه والسيارة الأمامية بمنزلة الآلة بالنسبة للخلفية فلا ضمان على سائقها لعدم تعديه . والله أعلم .

الفصل السادس

التلف الناشئ بسبب الحفريات في الطرق العامة أو سقوط المباني ومايتبعها من ثوابت ومنقولات

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

في التلف الناشئ عن الحفريات في الطرق العامة

الحفريات في الطرق العامة اما أن تكون لمصلحة عامة للمسلمين مثل أن يُقْصَدُ بالحفريات تصريف مياه الأمطار أو المجاري أو التمديدات الهاتفية أو الكهربائية ونحو ذلك وقد تكون لمصلحة خاصة بالحافر فقط مثل أن يَقْصِدْ تصريف أمطار منزله أو مجاريه وماشابه ذلك وهذه الحفريات بنوعيها قد ينجم عنها تلف مال الغير سواء كان تلفا جزئيا أو كليا فقد تسقط فيها سيارة فتتلف أو بهيمة فتهلك والفقهاء رحمهم الله قد بحثوا مثل هذه المسائل ووضعوا لها الضوابط .

فالضابط عند الحنفية : أن كل من تعدى في الحفر في الطرق العامة فهو ضامن لما تلف به .

ومن التعدي : الحفر في الطريق العامة بغير اذن الامام . أو الحفر باذن الامام مع التفريط في اتخاذ الوسائل اللازمة لحماية من يعبرون الطريق فانه وان أبيح الحفر فهو مقيد بشرط السلامة .(١)

وأما المالكية فالأصل عندهم : أن ماكان على الوجه المباح فلاضمان فيه وماكان غير مباح فهو يضمن ماتلف به .(٢) ولم يقيدوا ذلك باذن الامام

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٥/٦)، الهداية ونتائج الأفكار (٣١٢/١٠)، العناية مع نتائج الأفكار (٣١٢/١٠)، المبسوط (٢٢/٢٧ - ٢٣) .

(٢) المنتقى (١١١/٧) .

ولاغيره وانما المعيار عندهم هو الحفر على وجه العدوان بأن يفعل ماليس له فعله . يقول الامام مالك[(١)] : "والأمر عندنا فى الذى يحفر البئر على الطريق أو يربط الدابة أو يصنع أشباه هذا على طريق المسلمين أن ماصنع من ذلك مما لايجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين فهو ضامن لما أصيب فى ذلك منجرح أو غيره ... وما صنع من ذلك مما يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين فلا ضمان عليه فيه ولاغرم ومن ذلك البئر يحفرها الرجل للمطر" .

قال الزرقانى شارحا لقول الامام مالك : " يفصل فيه: فان كان مما لايجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين كالضيقة التى لاتحتمل ذلك فهو ضامن لما أصيب فى ذلك ... وان كان ماصنع من ذلك مما يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين كالواسعة المحتملة فلاضمان عليه فيه ولاغرم بل هو هدر وعليه يحمل الحديث ومن ذلك البئر يحفرها الرجل للمطر والدابة ينزل عنها الرجل للحاجة فيقفها على الطريق فليس على أحد فى هذا غرم لاعلى الرجل ولاعلى بيت المال ولاغيرهما"[(٢)] .

أما الشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] فقد فصلوا فى ذلك ونظروا فى هذه المسألة من عدة وجوه :

فاتفقوا على أن من حفر فى شارع ضيق وكان فى هذا الحفر ضرر بالمارة فتلف به مال الغير أن على الحافر ضمان ماتلف بسبب هذا الحفر سواء فى ذلك كان الحفر لمصلحة المسلمين أو لمصلحة نفسه وسواء كان باذن الامام أو بغير اذنه لأنه ليس للامام أن يأذن فيما يضر .

أما اذا كان الطريق واسعا أو ضيقا لكن ليس فيه ضرر على

---

(١) الموطأ (٨٦٩/٢) كتاب العقول باب (١٨) .

(٢) شرح موطأ الامام مالك (٤٧/٤ - ٤٨)، وراجع تبصرة الحكام (٣٤٦/٢) .

(٣) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨٢/٤ - ٨٣)، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٣٥٤/٧) .

(٤) كشاف القناع (١٣٤/٤ - ١٣٥)، شرح منتهى الارادات (٤٢٧/٢)، الانصاف (٢٢٥/٦ - ٢٢٦)، المغنى (٤٢٤/٨) .

المسلمين لكونه منحرفا عن الجادة . فقد قال الشافعية : ان كان باذن الامام فلا ضمان عليه اذا كان لمصلحة المسلمين على المذهب . وكذلك ان كان لمصلحة نفسه على الأصح لعدم التعدى .

وان كان بغير اذن الامام فالأصل عندهم أن اذن الامام لايشترط كونه قبل الحفر بل لو حفر بغير اذن الامام ثم أقرّه عليه بعد الحفر فيكون كما لو أذن له فى الحفر ابتداء .

بناء على ذلك قالوا : ان كان الحفر لمصلحة المسلمين فلا ضمان عليه فى الأظهر لما فيه من المصلحة العامة ولتعسّر مراجعة الامام فى مثل ذلك .

وان كان الحفر لمصلحة نفسه فقط فعليه الضمان ان لم يقره الامام لافتياته عليه .

ومحل الضمان عند الشافعية اذا لم يكن هناك مباشر فان كان هناك مباشر فالضمان عليه لاعلى المتسبب وهو الحافر تقديما للمباشرة على السبب .

وأن يكون عامل التلف هو السقوط فى الحفر فقط أما لو كان التلف بغير السقوط مثل إنْ تردّتْ بهيمة فى الحفر ولم تتأثر بالصدمة وبقيت فيه أياما ثم ماتت جوعا فلا ضمان على الحافر .

ولافرق فى تضمين الحافر عندهم بين المتَردّي بالليل أو بالنهار .

أما الحنابلة فقد قالوا اذا كان الطريق واسعا ولم يكن فى الحفر فيه ضرر على المارة فان كان الحفر لمصلحة المسلمين فلا ضمان عليه ولو كان بغير اذن الامام .

وان كان لمصلحة نفسه فانه يضمن ماتلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير اذنه خلافا للشافعية وذلك لأنه تلف بحفره حفرة فى حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الامام .

ولانسلم أن للامام أن يأذن فى هذا وانما يأذن فى القعود لأنه لايدوم وتُمكِن ازالته فى الحال .

وقد نبّه الحنابلة على أن محل عدم ضمان الحافر فى الطريق الواسعة لنفع المسلمين هو ما اذا لم يكن منه تفريط بأن وضع السياج

المانعة من السقوط فى الحفر وماشابه ذلك أما اذا فرط وترك الحفر عرضة للسقوط فيه فانه يلزمه الضمان ،جاء فى الاقناع وشرحه (١) : "وينبغى لمن حفر بئرا بالطريق الواسع أو الموات أن يجعل عليها حاجزا تعلم به لتتوقى قال الشيخ : ومن لم يسد بئره سدا يمنع من الضرر ضمن ماتلف بها " .

وهذا ماجرى عليه الشافعية أيضا فقد قال الرملى : " وخص الماوردى ذلك بما اذا أحكم رأسها فان لم يحكمها وتركها مفتوحة ضمن مطلقا قال الزركشى وغيره وهو ظاهر" .

ومن عرض أقوال الفقهاء يتبين لنا أنهم متفقون فى الجملة على أن المتعدى والمفرط فى الحفر ضامن لما تلف بسبب فعله .

وهذا الضابط يمكن تطبيقه على مسائل الحفر فىكل زمان ومكان . وفى مثل زماننا هذا أصبح اذن الامام أو نائبه لعمل حفريات فى الطرق من الأصول المرعية والقواعد المتبعة حيث يلزم كل من أراد حفرا فى الطريق العام مراجعة الجهات المسؤولة لاصدار الترخيص لهذا الحفر ليس فقط لخطورة هذا الحفر على المارة بل ان هذا الحفر يترتب عليه اتلاف أموال هى من المصالح العامة كالزفت والأرصفة وقد يترتب عليه أيضا اتلاف أموال أخرى كالتمديدات الهاتفية والكهربائية وتمديدات المياه الموجودة فى هذا العصر بكثرة فى باطن الأرض ومثل ذلك اذا لم يراجع فيه الجهات المختصة لتحديد مسار التمديدات له حتى يتوقاها فهو متعد يلزمه الضمان اذا تلف من جراء حفره شىء ،وكذا اذا أهمل وقصر فى اتخاذ الاحتياطات التى تجب مراعاتها لحماية أرواح الناس وأموالهم من التلف نتيجة مفاجأتهم بتلك الحفريات .

أما اذا أذن له الامام أو نائبه فى الحفر سواء كان لمصلحة نفسه أو لمصلحة عامة وحدد له موقع الحفر واتخذ جميع وسائل

---

(١) (١٣٥/٤) .

الحماية اللازمة من سياج واقية من التردى فيه ومصابيح تضىء موقع الحفر ولوحات تحذيرية حسب المتعارف عليه فالذى أراه أن مثل هذا يُخْرِجُه من عُهْدَةِ الضمان لأنه لايمكن أن ينسب الى التعدى والتفريط اذا كان على مثل هذه الحال،مع كون الحفر فى الطُرُقِ العامة فى هذا العصر من الحاجيات التى لايسع الناس تركها . والله أعلم بالصواب .

المبحث الثانى

فى التلف الناشىء عن سقوط المبانى وما يتبعها من ثوابت ومنقولات

المطلب الأول : التلف الناشىء عن سقوط المبانى على الطرق العامة وأملاك الغير

قد يتسبب انهيار المبانى فى تلف مال الغير مثل أن يسقط شىء من البناء على سيارة واقفة بجواره فيتلفها أو حيوان فيقتله أو على مبنى آخر لغيره فيهدمه ونحو ذلك وقد بحث الفقهاء رحمهم الله مثل هذه المسألة وعُنُوا بالبحث عن أحكام سقوطها على الطرق العامة وأملاك الغير ذلك أن سقوط المبنى فى حدود ملك الشخص نفسه منغير أن يتجاوزه الى أبعد من ملكه لاضمان فيه باتفاق الفقهاء حتى ولو بناه مائلا أو بناه مستويا فمال فلم يهدمه حتى سقط فى ملكه لأنه تَصَرَّفَ فى ملكه ولم يَمَسَّ مال الغير بسوء ، اذ له أن يبنى فى ملكه كيف شاء،وانما المتعدى الضامن مَنْ عَرَّضَ مبانيه للسقوط والانهيار على أملاك الغير عدوانا اذا سقطت على مال الغير فأتلفته .

بناء على ذلك فان التلف الناشىء عن سقوط المبانى على الطرق العامة وأملاك الغير لايخلو من حالات وقد اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا فى البعض الآخر :

فاتَّفَقَ الفقهاء على أن من بنى منزلا أو حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك الغير وقَيَّدَه بعض الفقهاء بغير اذنه ثم سقط على مال فأتلفه لزم صاحبه ضمان ذلك المال التالف جاء فى تبيين الحقائق[(١)] : " وان بناه مائلا ابتداء ضمن ماتلف بسقوطه بلا طلب لأنه تعدى بالبناء" .

---

(١) (١٤٨/٦) .

قال الشلبى (١) : "أى فى ملك غيره ألاترى أن هواء البقعة فى حكمها ولو بنى فى ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى فى هواء ملك غيره واذا ثبت أنه متعد فى ذلك ضمن ماتولد منه" .

وجاء فى تبصرة الحكام (٢) : "قال ابن رشد : واذا كان الجدار مائلا من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان" .

ويقول الدردير (٣) : "ومفهوم مَالَ . أنه لو بناه مائلا ابتداء فسقط على شئ فأتلفه لضمن بلا تفصيل" .

وجاء فى روضة الطالبين (٤) : " وان بناه مائلا الى الشارع وجب ضمان ماتولد من سقوطه" .

وجاء فى أسنى المطالب (٥) : "وان بناه مائلا الى الشارع أو الى ملك الغير بغير اذنه ضمن ماتلف به " .

وجاء فى المغنى (٦) :"واذا بنى فى ملكه حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك غيره فتلف به شئ أو سقط على شئ فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يُعَرِّضُه للوقوع على غيره فى غير ملكه" .

واتفقوا أيضا على أنه اذا بناه مستقيما فسقط من غير ميلان فتلف به مَالٌ . أو مَالَ الى الطريق أو مُلْكِ الغير ولم يُطَالَبْ بنقضه أو طُوْلِبَ بنقضه لكن لم يتمكن من النقض حتى انهدم فتلف به مالُ الغير فلا ضمان عليه .

واختلف الفقهاء فى حالة ما اذا بناه مستقيما ثم مَالَ الى الطريق العام أو ملك الغير ثم طُوْلِبَ بنقضه ممن له الولاية ثم انهدم فأتلف مال الغير مع أنه كان يتمكن من النقض قبل الانهدام .

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٤٨/٦) .
(٢) (٣٤٧/٢) .
(٣) الشرح الكبير (٣٥٦/٤) .
(٤) (٣٢١/٩) .
(٥) (٧٢/٤) .
(٦) (٤٢٧/٨)،وراجع كشاف القناع (١٣٨/٤) .

ففى هذه الحالة اختلف الفقهاء هل يضمن صاحب الحائط أو المنزل المنهدم ماتلف به من مال الغير أو لا على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية[(١)] استحسانا والمالكية[(٢)] والحنابلة[(٣)] فى قول اختاره جماعة منهم أن صاحب المنزل أو الحائط ضامن لما تلف بسبب انهدام منزله أو حائطه اذا كان مائلا الى الطريق أو ملك الغير وطولب بنقضه من أهل المطالبة وأُشْهِدَ عليه فلم يفعل مع امكانه . يقول الزيلعى[(٤)] : "لأن الحائط لما مَالَ فقد أشغل هواء الطريق بملكه وَرَفْعُهُ فى قدرته فاذا تُقُدِّمَ اليه وطُولِبَ بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعديا بمنزلة مالو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه فى يده بعده بخلاف ماقبل الاشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب . ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فتنقطع المارة حِذَارَ الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لأنه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تَحَمُّلُه لدفع الضرر العام كالرمى الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين وكقطع اليد المُتَآكِلَة" .

وقال ابن قدامة[(٥)] : "لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع عِدْلاً على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان" .

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٧/٦)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢١/١٠)، جامع الفصولين (٢٩٢/٢)، المبسوط (٩/٢٧)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٥٧/٢).

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣٥٦/٤)، جواهر الاكليل (٢٩٧/٢)، وماذكرناه من قول المالكية هو مذهب المدونة ذكر ذلك الدسوقى ثم ذكر أقوالا أخرى لبعض علماء المالكية راجع حاشية الدسوقى (٣٥٦/٤).

(٣) كشاف القناع (١٣٧/٤)، الانصاف (٢٣٢/٦)، المغنى (٤٢٨/٨)، المبدع (١٩٧/٥).

(٤) تبيين الحقائق (١٤٧/٦) .

(٥) المغنى (٤٢٨/٨) .

وقد نبه الحنفية على أن شرط لزوم الضمان هو المطالبة بالنقض مع الامكان فقط وأما الاشهاد فليس بشرط عندهم لأنه مجرد وسيلة اثبات يقول الزيلعى : "والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لاعلى سبيل الشرط لصحة الطلب "[(١)] .

أما المالكية فقد ذهبوا الى أنه لابد من الاشهاد على الانذار فيُشهِد الحاكم أو جماعة المسلمين أنه أنذره ومن ثم يلزمه الضمان والا فلا ضمان عليه هذا ان كان منكرا لعلمه بالميلان أما اذا كان معترفا ويعلم أن حائطه أو منزله مائل الى الطريق العام أو الى ملك الغير ولكنه تجاهل ذلك وأهمله حتى سقط فأتلف مال غيره ففى هذه الحالة لايشترط للزوم الضمان سبق انذار واشهاد . يقول الدسوقى[(٢)] :"الا أن يعترف بذلك أى بالميلان فما ذُكِرَ من قيد الانذار والاشهاد عليه مَحَلُّهُ اذا كان منكرا للميلان وأما اذا كان مقرا به فلا يشترط ذلك " .

واشترط أصحاب هذا القول للزوم الضمان أيضا أن تكون المطالبة موجهة الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي فى ملك الصغير وناظر الوقف .

وممن له الولاية عند المالكية أيضا الحاكم اذا كان رب الجدار غائبا ولم يكن له وكيل خاص فاذا رُفِعَ الأمر الى الحاكم مع غيبة صاحب الملك وعدم الوكيل الخاص لزم الضمان فيما تلف به .

أما اذا أَنْذَرَ من ليس له ولاية النقض والتفريغ كالمستأجر والمستعير والمُودَع والمُرْتَهِن ونحوهم فلا يعتد بهذا الانذار فلا يضمن الساكن ولا المالك حينئذ .

ثم اختلف الحنفية والمالكية فيما اذا طولب الوكيل الخاص بالنقض فلم يَنْقُضْ حتى سقط على مال فأتلفه هل يضمنه الوكيل فى ماله أو فى مال موكله .

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٧/٦) .

(٢) حاشية الدسوقى (٣٥٦/٤) .

فذهب الحنفية الى أن الضمان فى مال الموكل لافى مال الوكيل ،جاء فى الهداية (١) : "والضمان فى مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله" .

قال البابرتى (٢) : "قوله لأن فعل هؤلاء كفعله . أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبى بعد بلوغه .... ثم انهما فى ترك الهدم يعملان للصبى وينظران له فكان الضمان فى ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقض بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤونة النقض وبنائه ثانيا وفى نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لايسقط وان سقط لايهلك به شئ فكان تركه أنظر للصبى فلايلزم الوصى ضمان" .

وماذهب اليه الحنفية هو قول من قال بذلك من الحنابلة ،قال ابن قدامة (٣) : "وان كان المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لأنه ليس أهلا للمطالبة وان طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل" .

أما المالكية (٤) فقد قالوا اذا لزم الضمان ضمن وصي غير المكلف فى ماله ولو كان لغير المكلف مال . وكذلك ناظر الوقف والوكيل الخاص اذا غاب المالك وكان للمالك أو الوقف مال يصلح منه فلم يفعلا حتى سقط الحائط أو المنزل على مال فأتلفه فانهما يضمنان فى ماليهما لتقصيرهما . فان لم يكن للوقف مال ولاللمالك حتى يمكن الاصلاح منه فان أمكن الناظر والوكيل السلف على ذمته وهو ملئ فلم يفعلا حتى سقط الحائط أو المنزل وتلف به مال فكذلك يضمنان فى ماليهما لتقصيرهما أيضا .

---

(١) مع نتائج الأفكار (٣٢٢/١٠) .
(٢) العناية شرح الهداية (٣٢٢/١٠) .
(٣) المغنى (٤٢٨/٨) .
(٤) حاشية الدسوقى (٣٥٦/٤) .

واشترط الحنفية ومن قال بقولهم من الحنابلة للزوم الضمان أيضا دوام ولاية المطالب بالنقض الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد مطالبته بالنقض برئ من الضمان لعدم قدرته على النقض (١) .

وأضاف الحنفية شرطين آخرين للزوم الضمان وهما : أن يكون التقدم بطلب النقض بعد تبين العيب فى الحائط بأن مال وأصبح واهيا أما مجرد التوهم فغير ملزم بالضمان لانعدام التعدى ابتداء وانتهاء .

وأن يكون التقدم بالطلب الى المالك بصيغة يفهم منها طلب النقض الحازم مثل أن يقول : ان حائطك هذا مخوف مائل فاهدمه حتى لايسقط فيتلف شيئا . فهنا يصح الطلب ويلزم الضمان اذا ترتب على سقوطه تلف مال أما اذا كان الطلب بصيغة الاخبار والمشورة فلا يلزمه ضمان بذلك مثل أن يقول له : ان حائطك هذا مخوف فينبغى لك أن تهدمه (٢) .

القول الثانى :

مذهب الشافعية (٣) ومذهب الحنابلة (٤) والظاهرية (٥) وهو القياس عند الحنفية (٦) أنه اذا بناه مستقيما ثم مال الى الطريق العام أو الى ملك الغير ثم سقط فأتلف مالا فلاضمان على صاحبه وسواء فى ذلك طولب بالنقض أم لم يطالب . قال ابن قدامة (٧) : " لأنه بناه فى ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه مالو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ،ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا الى غير ملكه " .

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٨/٦) ، المغنى (٤٢٩/٨) .
(٢) تبيين الحقائق (١٤٧/٦ - ١٤٨) ، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٢/١٠) ، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٩٩/٦ - ٦٠٠) .
(٣) روضة الطالبين (٣٢١/٩) ، المهذب (٢٤٨/٢) ، أسنى المطالب (٧٢/٤) ،المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨٦/٤) ،نهاية المحتاج (٣٥٩/٧) .
(٤) الانصاف (٢٣١/٦) ،كشاف القناع (١٣٧/٤) ،شرح منتهى الارادات (٤٢٩/٢) ، المغنى (٤٢٨/٨) ، المبدع (١٩٧/٥) .
(٥) المحلى (٣٢٧/١٢) .
(٦) تبيين الحقائق (١٤٧/٦) ، المبسوط (٩/٢٧) .
(٧) المغنى (٤٢٨/٨) .

وجاء فى روضة الطالبين (١) : " ولافرق بين أن يطالبه الوالى أو غيره بالنقض وبين أن لايطالب لأنه بنى فى ملكه بلا ميل والهلاك حصل بغير فعله".

والذى يظهر لى والله أعلم فى هذه المسألة رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول من أن الشخص اذا أوشك منزله أو حائطه على الانهيار وخيف سقوطه على الطريق أو على ملك الغير ثم تُقُدِّم الى صاحبه بطلب نقضه وأمكنه ذلك فلم يفعل حتى سقط على مال الغير فأتلفه أن عليه ضمان التالف لأن صاحب المنزل أو الحائط مخاطب شرعا بازالة الضرر عن المسلمين وهذا من أعظم الضرر لأن مثل ذلك يؤدى الى منع المسلمين من الارتفاق بهذا الطريق خوفا من سقوط هذا المبنى المتصدع على أنفسهم وأموالهم أو يُعَرِّضها للهلاك ظلما وعدوانا .

واذا كان المالك مخاطباً شرعا بازالة الضرر المتوقع عن المسلمين فان تقاعسه عن فعل الواجب مع الامكان يجعله مُلْزَماً بتحمل تبعة ذلك والله أعلم بالصواب .

---

(١) (٣٢١/٩) .

المطلب الثانى : التلف الناشئ عن سقوط توابع المبانى من ثوابت ومنقولات

يعمد الناس فى الكثير من الأوقات الى احداث متعلقات تابعة لمنازلهم وهذه التوابع اما أن تكون بارزة من أصل البناء كالأجنحة والرواشن المبنية والظلة على الأبواب واما أن تكون من غير جنس البناء ولكنها مثبتة على الحائط لغرض الزينة كالرواشن الخشبية التى توضع على النوافذ أو لحاجة المبنى اليها كالميازيب لتصريف المياه أو لحاجة الساكن فى المنزل كأجهزة تبريد الهواء .

أو لاتكون مثبتة ولكنها منقولة مثل من يضع على الحائط حوض زهور لغرض الزينة ونحو ذلك .

هذه التوابع كلها وماشابهها اذا سقطت فأتلفت مال انسان فهل يلزم صاحبها ضمانه أو لا ؟

لاخلاف بين الفقهاء أن احداث مثل تلك الملحقات فى حدود ملك الانسان جائز ولو سقطت بغير فعل أحد ومن غير تفريط صاحب المُلك فتلف بها مالَ انسان فى حدود الملك أو خارجه فان ماله هدر لاضمان فيه . لأن الأصل أن لكل انسان أن يتصرف فى ملكه بالمعروف والا لأوقع المالك فى حرج عظيم أو أدى الى بطلان فائدة الملك .

يقول الزيلعى : "ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى فى ملكه ضمنه ... ولو سقطت الجرة وحدها لايضمن ماعطب بسقوطها لأنه وضعها فى ملكه" .(١)

ويقول السرخسى : " واذا وضع الرجل على حائطه شيئا فوقع ذلك الشئ فأصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لأنه وضعه على ملكه فهو لايكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه" .(٢)

---

(١) تبيين الحقائق (١٤٩/٦) .

(٢) المبسوط (١١/٢٧) .

وجاء فى روضة الطالبين[١] : "يتصرف كل أحد فى ملكه بالمعروف ولاضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة واجتناب الاسراف فلو وضع حجرا فى ملكه أو نَصَبَ شبكة أو سكينا وتعثر به انسان فهلك أو على طَرَفِ سطحه فوقع على شخص أو على مال أو وضع عليه جرة ماء فألقتها الريح أو ابتل موضعها فسقطت فلا ضمان" .

ويقول ابن قدامة[٢] : "وان وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على انسان فقتله أو شئ فأتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان فى ملكه" .

هذا اذا كان تصرف الانسان فى حدود ملكه بالمعروف . أما اذا تعداه الى غير ملكه مثل أن يشرع جناحا الى الطريق أو الى ملك الغير أو ميزابا أو روشنا ونحو ذلك فيسقط على مال انسان فيتلفه فهذا قد اختلف الفقهاء هل يلزم صاحبه ضمان ماتلف به أو لا ومنشأ هذا الخلاف اختلافهم هل يجوز اشراع الأجنحة والرواشن ونصب الميازيب على الطرق العامة بحيث لايعتبر تعديا لو وقع أو لا . حيث اختلفوا فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب المالكية الى جواز احداث الروشن والساباط والميزاب على الطريق بشرط رفع ذلك عن رؤوس الركبان رفعا بينا ولافرق فى ذلك بين أن يكون الطريق نافذا أو غير نافذ على القول المعتمد . يقول الدسوقى[٣] : "ماذكره المصنف فى الروشن والساباط من التفصيل بين كون السكة نافذة أو غير نافذة ضعيف والمعتمد جواز احداثهما مطلقا كانت السكة نافذة أو غير نافذة ولايحتاج لاذن أحد حيث رُفِعَ عن رؤوس الركبان رفعا بينا ولم يضر بِضَوْءِ المَارَّه" .

---

(١) (٣١٩/٩) وراجع أسنى المطالب شرح روض الطالب (٧٢/٤)، نهاية المحتاج (٣٥٥/٧) .

(٢) المغنى (٤٣٠/٨) .

(٣) حاشية الدسوقى (٣٧١/٣) .

وبناء على ذلك فقد جاء فى مختصر خليل وشرحه قوله (١) : "كسقوط ميزاب متخذ للمطر على شئ فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربه أصلا مطلقا بل هدر ومثله الظُلّة" .

وقال ابن فرحون (٢) : "ومن وضع ميزابا للمطر ونصبه على الشارع ثم بعد مدة سقط ذلك الميزاب ... أو على مال فأتلفه فلا ضمان على الذى نصبه لأنه فعل ماأذن له فيه" .

وقال بعض المالكية ينبغى تقييد عدم الضمان بالشروط الواردة فى مسألة الحائط ،يقول الدسوقى (٣) : "بأن يقال عدم الضمان هنا حيث انتفى ميلان الميزاب أو أنه مال ولم يحصل انذار لصاحبه واشهاد عليه بذلك أو مَالَ وحصل الانذار لكن لم يمكن تدارك اصلاحه بأن سقط قبل مضى زمن يمكن فيه التدارك . وأما لو مَالَ وأُنْذِرَ صاحبه وأُشْهِدَ عليه بالانذار وأمكن تدارك اصلاحه لاتساع الزمان فلم يُصْلِحْ وسقط على شئ فأتلفه فانه يضمن الدية والمال" .

ويفهم من اشتراط المالكية رفع الجناح أو الساباط المُشْرَع رفعا بينا عن الطريق أنه اذا لم يرفعه فتلف به مال فان على صاحبه ضمان ماتلف به لأنه بعدم رفعه عن الطريق صار متعديا لمخالفته شرط جواز الاشراع وهو الرفع فيتحمل تبعة تعديه .

القول الثانى :

لجمهور الفقهاء من الحنفية (٤) والشافعية (٥)

---

(١) الشرح الكبير (٣٥٦/٤) .
(٢) تبصرة الحكام (٣٤٧/٢) .
(٣) حاشية الدسوقى (٣٥٦/٤) .
(٤) تبيين الحقائق (١٤٢/٦ - ١٤٥،١٤٣)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٩٢/٦) ومابعدها ،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٥١/٢) ومابعدها المبسوط (٦/٢٧)، جامع الفصولين (٢٦٣/٢ - ٢٦٤)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٠٧/١٠ - ٣٠٨).
(٥) روضة الطالبين (٣١٩/٩ - ٣٢١)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٧١/٤ - ٧٢)، المهذب (٢٤٨/٢)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨٥/٤) ، نهاية المحتاج (٣٥٦/٧) ومابعدها .

والحنابلة[(١)] . وقد ذهبوا الى التفريق بين الطريق النافذ وغير النافذ .

(١) فأما الطريق النافذ فذهب الحنفية والشافعية الى جواز اشراع الأجنحة والساباطات والرواشن والميازيب ونحو ذلك اذا كان لايضر بالناس .

وخالفهم فى ذلك الحنابلة فقالوا لايجوز اشراع الأجنحة ونحوها الى الطريق النافذ وهذا هو المذهب عندهم .

الا أن الحنفية والشافعية وان قالوا بالجواز فهم متفقون مع الحنابلة على أن من أشرع جناحا ونحوه الى الطريق النافذ فسقط وتلف به مال انسان فان على المشرع الضمان لأن الجواز الشرعى المقيد لاينافى الضمان .

ويستوى فى ذلك عند الشافعية ماأذن به الامام ومالم يأذن به قالوا : فانه وان أذن الامام به فان الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة .

أما الحنفية والحنابلة فقد قالوا : اذا أذن الامام فى الاشراع فى الطريق فسقط ماأُشْرِعَ فيه على مَالِ انسان فأتلفه فلا ضمان على صاحبه حينئذ لأنه غَيْرُ مُتَعَدٍّ لكون الامام أذن له فى الاشراع وللامام الولاية العامة على الطريق إذْ نَابَ عن العامة فكان كمن أشرع فى ملكه .

لكن انما يجوز اذن الامام عند الحنفية والحنابلة اذا لم يضر الاشراع بالعامة فان كان يُضِرُّ بهم فلا يجوز أن يأذن به ،حيث "ان تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة" .

(٢) أما الطريق غير النافذ وهو المسدود[(٢)] فلا خلاف بين الحنفية والشافعية والحنابلة فى أنه لايجوز لأحد أن يُشْرِعَ فيه جناحا

---

(١) الانصاف (٥/٢٥٤ - ٢٥٥)، (٦/٢٣١)،كشاف القناع (٣/٣٩٤ - ٣٩٥)، (٤/١٣٦-١٣٧)،شرح منتهى الارادات (٢/٤٢٨)، المغنى (٨/٤٢٩) .

(٢) هكذا أطلقه الفقهاء وقد تأول ذلك ابن قاضى سماوه بقوله :"قوله غير النافذة تأويله أن تكون دار مشتركة بين قوم أو أرض مشتركة بينهم بنوا فيها مساكن وحجرات ورفعوا بينهم طريقا حتى يكون الطريق ملكا لهم فأما اذا كانت السكة فى الأصل اختلطت بأن يبنوا =

أو ساباطا ونحوه الا باذن أهله كالملك الخاص ،يقول الزيلعى (١) :"لأن الطرق التى ليست بنافذة مملوكة لأهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة .والتصرف فى الملك المشترك من الوجه الذى لم يوضع له لايُملَكُ الا باذن الكل أضَرَّ بهم أو لَمْ يُضِرّ بخلاف النافذ لأنه ليس لأحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به مالم يُضِرَّ بأحد ولأنه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده فى حق الانتفاع مالم يُضِرَّ بأحد ولاكذلك غير النافذ لأن الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما" .

بناء على ذلك فقد قال هؤلاء الفقهاء : من أشرع فى الطريق المسدود جناحا أو ساباطا وماشابههما فسقط فتلف به مال الغير فان كان الاشراع باذن أهل الطريق فلا ضمان على المُشْرِع لعدم تعديه وان كان بغير اذنهم لزم الضمان .

ونَبَّهَ الحنفية والشافعية والحنابلة الى أن مُشْرِعَ الجناح ونحوه الى الطريق لايبرأ من الضمان اذا لزمه حتى بعد بيع المشرع فيه فمثلا أشرع جناحا فى بيته فى الطريق النافذ بغير اذن الامام فباع البيت ثم سقط هذا الجناح على مَالِ انسان فأتلفه قالوا : فى هذه الحالة الضمان على البائع دون المشترى لأنه هو المتعدى فى الاشراع .

الا أن الحنابلة قد قَيَّدُوا ذلك بشرط المطالبة بنقضه قبل البيع فان لم يطالب بنقضه قبل البيع فلا ضمان عليه فيما تلف به وهذه النصوص الموضحة لذلك . يقول الزيلعى (٢) : " ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشترى حتى عطب انسان فالضمان على البائع لأن فعله لم ينسخ

= دورا ويتركوا هذا الطريق للمرور فحكمه حكم طريق العامة اذ هذا ملك العامة الايرى أن لهم أن يدخلوا هذا عند الزحام وكذا هذا التأويل يأتى فى جميع الأحكام التى يجىء ذكرها فى غير النافذة . انظر جامع الفصولين (٢/٢٦٣) .

(١) تبيين الحقائق (٦/١٤٣) .

(٢) تبيين الحقائق (٦/١٤٣) ،وراجع المبسوط (٢٧/٧) ،الهداية مع نتائج الأفكار والعناية شرح الهداية (١٠/٣٠٨ - ٣٠٩) .

بزوال ملكه وهو الموجب ،بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط فى ملك المشترى على انسان حيث لايضمن البائع ولا المشترى لأن المشترى لم يُشْهَد عليه وهو شرط فى الحائط المائل وفى حق البائع فقد بطل الاشهاد الأول لأن الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لأنه لايتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لاباعتبار الملك والإشْغَالُ باقٍ بعد البيع فيضمن" ٠

وجاء فى روضة الطالبين (١) : "اذا باع ناصب الميزاب أو باني الجدار المائل الدار لم يبرأ من الضمان حتى لو سقط على انسان فهلك به يجب الضمان على عاقلة البائع " ٠

وجاء فى الاقناع وشرحه (٢) : "وان أخرج انسان جناحا وهو الروشن أو ميزابا ونحوه كساباط وحجر برزبه فى البنيان الى طريق نافذ مطلقا الا باذن امام أو نائبه فى جناح أو ساباط أو ميزاب بلا ضرر أو أخرج ماذكر فى درب غير نافذ بغير اذن أهله فسقط على شئ فأتلفه ضمن ولو كان سقوطه بعد بيعه وقد طولب بنقضه لحصوله أى التلف بفعله أى بسبب فعله الذى تعدى به ومفهومه أنه اذا سقط بعد البيع ولم يكن طولب بنقضه لايضمن" ٠

واذا لزم صاحب الجناح أو الميزاب المُشْرَع ونحو ذلك الضمان فقد اختلف هؤلاء الفقهاء فى كيفية تضمينه وبيان ذلك أن الحنفية والشافعية فَصَّلُوا فى المسألة :

فقال الحنفية (٣) : اذا سقط ماأشرعه على الطريق فتلف به مال فانه يضمن ماتلف بسبب الخارج على الطريق ولايضمن ماتلف بسبب الداخل ٠ بيان ذلك :

---

(١) (٣٢١/٩)،وراجع نهاية المحتاج (٣٥٨/٧) ٠

(٢) كشاف القناع (١٣٦/٤ - ١٣٧)،وراجع شرح منتهى الارادات (٤٢٨/٢) ، الانصاف (٢٣١/٦) ٠

(٣) تبيين الحقائق (١٤٣/٦)، المبسوط (٧/٢٧)،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٥٢/٢)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٠٨/١٠) ٠

اذا سقط الميزاب على شئ فأتلفه فانه ينظر : ان كان التلف حصل بسبب الطرف الخارج على الطريق فانه يضمن جميع قيمة التالف لأنه متعد فى هذا الطرف لشغله هواء الطريق .

وان حصل التلف بسبب الطرف الداخل المُثبَت فى ملكه فلا ضمان على الواضع لأنه وضع ذلك فى ملكه فلا يكون متعديا فيه .

وان أصابه الطرفان وعلم ذلك لزمه نصف التالف والنصف الثانى هدر .

وان لم يعلم أى الطرفين أصابه ففى القياس لايجب عليه شئ لأنه ان أصابه ماكان خارجا يضمن وان أصابه ماكان داخلا لايضمن . فلا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفى الشغل شك . وأما فى الاستحسان فان عليه ضمان النصف لأنه فى حال يضمن الكل وفى حال لايضمن شيئا فيضمن النصف توزيعا للضمان على الحالين ليتحقق به معنى النظر من الجانبين .

وأما الشافعية (١) : فيرون أنه لاضمان عليه فى الداخل وانما يضمن الخارج فقط بناء على ذلك فقد قالوا :

اذا كان الساقط هو الخارج فقط فتلف به مال انسان فعليه ضمان جميع قيمة التالف .

واذا سقط كله أى الداخل والخارج فتلف به مال انسان فعليه ضمان نصف القيمة لحصول التلف من مضمون وغير مضمون .

جاء فى المنهاج وشرحه (٢) : " وان سقط كله أى الميزاب داخله وخارجه بأن قطع من أصله فنصفه أى الضمان - يجب فى الأصح لأن التلف حصل بالداخل فى ملكه وهو غير مضمون وبالخارج وهو مضمون فُوزِّعَ على النوعين سواء أكانت الاصابة بالداخل والخارج أم لا استويا فى القدر أم لا" .

واذا سقط كل الخارج وبعض الداخل فقال الشربينى (٣) : " الظاهر أنه كسقوطه كله" أى يلزمه النصف .

---

(١) روضة الطالبين (٣٢٠/٩)، أسنى المطالب (٧٢/٢)، مغنى المحتاج (٨٥/٤)، المهذب (٢٤٨/٢) .

(٢) مغنى المحتاج (٨٥/٤ - ٨٦) .

(٣) مغنى المحتاج (٨٦/٤) .

وإذا سقط كله وانكسر نصفين فى الهواء ثم أصاب فإنه ينظر ان أصاب بما كان فى الجدار لم يضمن أو بالخارج ضمن جميع القيمة (١) .

وأما الحنابلة فقد خالفوا الحنفية والشافعية فى ذلك فقالوا يلزمه ضمان جميع قيمة التالف سواء تلف بالخارج أو بالداخل أو بهما معا (٢) .

قالوا : لأنه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل . ولأنه تلف بعدوانه فضمنه والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات . ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب فيها الضمان .

وبعد عرض أقوال الفقهاء فى هذه المسألة ظهر لى مايلى :

(١) رجحان ماذهب اليه الحنابلة من القول بعدم جواز اشراع الأجنحة ونحوها الى الطرق العامة الا باذن الامام وخصوصا فى مثل عصرنا الحاضر لأن التطور فى وسائل المواصلات ورغبة الناس فى ظهور المدن والقرى بمظهر معمارى معين ونحو ذلك دعى الى وضع الأنظمة والتعليمات فى هذا الخصوص من قبل الجهات المسؤولة والتى تنظم العملية العمرانية وبناء عليه فمتى كان البروز فى المبنى مصرحا به من قبل الجهات المسؤولة صار من قبيل الجائز ولايصح نسبة الفاعل الى التعدى لأن الطريق العام لجميع المسلمين والامام نائب عنهم فيتصرف فى حقهم بما فيه مصلحتهم الا أن هناك بعض الأشياء التى تعارف الناس على اشراعها من غير حاجة الى اذن الامام فيها وذلك كأجهزة تبريد الهواء والرواشن الخشبية على النوافذ فهذه فى نظرى أنها من قبيل المباح الا أنها مشروطة بسلامة العاقبة وعدم التفريط والتقصير فى تثبيتها وتوثيقها .

---

(١) مغنى المحتاج (٨٦/٤) .

(٢) الانصاف (٢٥٤/٥) ، المغنى (٤٣٠/٨) .

(٢) أن التفريق بين الطريق النافذ وغير النافذ يحتمل أنه كان في عصر الفقهاء رحمهم الله وارداً أما في عصرنا هذا فالتنظيمات المتعلقة بالطرق النافذة وغير النافذة موكولة الى الامام أو نائبه يتصرفون فيها بحسب ماتقتضيه مصلحة المسلمين ٠

(٣) رجحان ماذهب اليه الحنابلة من القول بأنه اذا لزم أحد الضمان بسبب سقوط ماأشرعه على مال انسان فأتلفه انه يلزمه جميع القيمة لأن هذه هى القاعدة المتبعة فى جميع المتلفات وليس مع الحنفية والشافعية دليل يؤيد ماذهبوا اليه فى نظرى ٠ والله أعلم بالصواب ٠

الباب الثاني

أحكام تلف الأموال في فقه العبادات

وفيه ثلاثة فصول:

الباب الثانى

أحكام تلف الأموال فى فقه العبادات

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال فى باب الزكاة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة واتلافه

المطلب الأول : فى تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة

تمهيد :

لاخلاف بين الفقهاء(١) فى أن الزكاة انما تجب فى المال اذا بلغ نصابا بعد أن يحول عليه الحول(٢) ، ماعدا الخارج من الأرض كالمعدن والركاز

---

(١) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٨٣٤/٢) ،رد المحتار (٢٨٣/٢) ،جواهر الاكليل (١١٨/١، ١٢٧) ، الشرح الكبير للدردير (٤٣١/١، ٤٥٧) ، الفواكه الدوانى (٣٧٩/١) ،روضة الطالبين (١٨٤/٢، ٢٥٧، ٢٦٧، ٢٨٢) ،مغنى المحتاج (٣٧٨/١، ٣٩٤) ،كشاف القناع (١٩٢/٢، ٢٠٥، ٢٦٠، ٢٦٣) ، شرح منتهى الارادات (٣٦٩/١) ، الانصاف (٢٩/٣) .

(٢) وأضاف المالكية الى اشتراط الحول فى وجوب الزكاة فى الماشية شرطا آخر وهو مجىء الساعى اذاكان ثَمَّ ساعٍ قال الدسوقى (٤٤٤/١) : "المشهور أن مجىء الساعى شرط وجوب ،وعلى مقابله أنه شرط أداء وصحة كما بحثه المصنف وابن عبدالسلام وجزم به ابن عرفة" ، وراجع الشرح الكبير (٤٤٣/١) ،وجواهر الاكليل (١٢٢/١) ،لكن ابن عبدالبر قد حرر ذلك وخلص الى أن شرط الوجوب هو الحول فقط دون مجىء الساعى وبين ذلك فى قوله : " وكان مالك يراعى مجىء الساعى وعلى ذلك خرجت أجوبته فيما سئل من ذلك عنه . وذلك لأنه كان خروج السعاة معهودا عندهم فى وقت لايختلف فى الأغلب وكان من أدّاها قبل خروجهم ضَمَّنُوهُ وأما أهل العلم اليوم فانهم لايراعون مجىء الساعى وانما =

فانه حين استخراجه وتصفيته ان كان معدنا لم يصف ،وكالزروع والثمار فانها لايشترط لها الحول باتفاق الفقهاء الا أنهم اختلفوا فى تحديد وقت الوجوب فى الزروع والثمار على ستة أقوال :

القول الأول :

ذهب الامام أبو حنيفة (١) الى أن وقت الوجوب فى الزروع والثمار هو وقت خروج الزرع وظهور الثمر لقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ ...الآية " (٢) قال : أمر الله تعالى بالانفاق مما أخرجه من الأرض فدل أن الوجوب متعلق بالخروج .

القول الثانى :

ذهب الامام أبو يوسف (٣) الى أن وقت الوجوب فى الزروع والثمار هو وقت الادراك لقوله تعالى : " وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ " (٤) ويوم حصاده هو يوم ادراكه فكان هو وقت الوجوب .

= يراعون كمال الحول ،وعند ذلك كان خروج السعاة . ولو خرج الساعى قبل تمام الحول لم تجب بخروجه زكاة ولو أخذها من أهلها قبل أن تجب عليهم وذلك قبل حلول الحول لم يُجْزِ عند مالك ولاغيره عنهم وكان عليهم اعادتها عند تمام الحول لأنه ظلم ظلموا به الا أن تكون قبل الحول بيسير ....وكذلك ان خشى رب الماشية تضمين الساعى اياه ولم يُصَدِّقْهُ فيما أخرج من زكاته انتظره بها وَوَسِعَهُ ذلك ان شاء الله " . انظر الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٧٠/١) .

قال الامام الشافعى : " ومن قال تكون الصدقة بالمُصَدِّق وبالحول خالف السنة وجعل مع الحول غير الصدقة ولزمه اذا استأخر المُصَدِّق سنة أو سنتين أن لاتجب الصدقة على رب المال حتى يقدم فاذا قدم أخذها مرة واحدة لامرارا" . انظر الأم (١٥/٢) .

(١) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢)،رد المحتار (٢٩٣/٢) .

(٢) البقرة : ٢٦٧

(٣) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢)،رد المحتار (٢٩٣/٢) .

(٤) الأنعام : ١٤١

القول الثالث :

ذهب الشافعية[(١)] وهو المذهب عندهم الى أن وقت الوجوب فى الزروع والثمار الزهوُّ وهو بدو الصلاح ووقت الوجوب فى الحبوب اشتدادها لكن لايستقر وجوبها ولايكلف باخراجها الا بعد مايَجِفُّ الثمر ويصفى الحب والى هذا ذهب بعض الحنابلة[(٢)] وهو قول محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى حنيفة[(٣)] حيث قال : "اذا كان الثمر قد جُدَّ فى الحظيرة وذرى البُرّ وكان خمسة أوسق ثم ذهب بعضه كان فى الذى بقى منه العشر" قال الكاسانى : " فهذا يدل على أن وقت الوجوب عنده هو وقت التصفية فى الزرع ووقت الجذاذ فى الثمر . هو يقول تلك الحال هى حال تناهى عظم الحب والثمر واستحكامها فكانت هى حال الوجوب "[(٤)] .

القول الرابع :

ذهب الحنابلة[(٥)] وهو المذهب الى أن وقت الوجوب فى الزروع والثمار هو وقت اشتداد الحب وبدو الصلاح فى الثمرة وهو الاحمرار أو الاصفرار ولايستقر الوجوب ويكون صاحب الملك مطالبا بأداء الزكاة الا بوضع الثمار فى الجرين والزرع فى البيدر .

القول الخامس :

ذهب المالكية الى أن الزكاة فى الزروع والثمار تجب يوم الطيب لأن ماقبل الطيب يكون علفا لاقوتا ولاطعاما فان طابت وكان الأكل الذى أنعم

---

(١) روضة الطالبين (٢٤٨/٢ - ٢٤٩)، الأم (٣١/٢)، المجموع (٤٢٤/٥،٤٢٥) ، مغنى المحتاج (٣٨٦/١،٤١٣) .

(٢) المغنى (١٣/٣)، الانصاف (١٠٢/٣) . وأصحاب هذا القول هم الذين قالوا ان الوجوب لايستقر الا بالتمكن من الأداء ومعلوم أنه لايتمكن قبل الجفاف فى التمر والتصفية فى الحب .

(٣) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢)، رد المحتار (٢٩٣/٢) .

(٤) بدائع الصنائع (٩٤٧/٢) .

(٥) الانصاف (١٠١/٣ - ١٠٢)، المغنى (١٢/٣)، كشاف القناع (٢٤٤/٢ - ٢٤٦) ، شرح منتهى الارادات (٣٩١/١ -٣٩٢)، غاية المنتهى (٣٠٥/١ - ٣٠٦) .

الله به، وجب الحق الذى أمر الله به، اذ بتمام النعمة يجب شكر النعمة ويكون الايتاء يوم الحصاد لما قد وجب يوم الطيب وصحح هذا القول ابن العربى [(١)]، وذكر القرطبى [(٢)] انه المشهور من المذهب . جاء فى جواهر الاكليل [(٣)]: " والوجوب للزكاة يتحقق بافراك الحب أى صيرورته فريكا منتفعا به صرح به فى الأمهات اللخمى : الزكاة تجب عند مالك رضى الله تعالى عنه بالطيب أى بلوغه حد الأكل فاذا أزهى النخل أو طاب الكرم وحل بيعه وأفرك الزرع واستغنى عن الماء [(٤)] واسود الزيتون أو قارب الاسوداد وجبت فيه الزكاة " .

القول السادس :

ذهب الظاهرية [(٥)] الى التفريق بين الثمار والحبوب فقالوا : وقت وجوب الزكاة فى الثمار بدو الصلاح وهو الاحمرار أو الاصفرار فى الثمرة أما الحبوب فوقت وجوب الزكاة فيها بعد دِرَاسِهَا وامكان تصفيتها وكيلها واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ليس فيما دون خمسة أوسق من حب ولاتمر صدقة " [(٦)] .

قال ابن حزم [(٧)] : "فلم يوجب النبى صلى الله عليه وسلم فى الحب صدقة الا بعد امكان توسيقه فان صاحبه حينئذ مأمور بكيله واخراج صدقته..... ولاسبيل الى التوسيق الذى به تجب الزكاة قبل الدِّرَاس أصلا فلا زكاة فيه

---

(١) أحكام القرآن (٧٦٢/٢ - ٧٦٣) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (١٠٤/٧) .

(٣) (١٢٥/١) وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٤/١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٥١/١) .

(٤) قال الدردير : " والمراد بافراكه طيبه واستغناؤه عن الماء وان بقى فى الأرض لتمام طيبه " . انظر الشرح الكبير (٤٥١/١) .

(٥) المحلى (٣٧٧/٥) .

(٦) رواه الامام مسلم بلفظ " ليس فى حب ولاتمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق ...الحديث" (٦٧٤/٢) كتاب الزكاة المقدمة .

(٧) المحلى (٣٧٧/٥ - ٣٧٨) .

قبل الدراس لأن الله تعالى لم يوجبها ولارسوله صلى الله عليه وسلم " ٠

وخلاصة القول عند الظاهرية أن زكاة الحبوب تجب بامكان كيلها وتصفيتها وهذا مترتب على الفراغ من درسها ٠

هذا هو رأى فقهاء كل مذهب فى وقت وجوب الزكاة فى الزروع والثمار وقد لاحظنا اختلافهم فى تحديد وقت الوجوب وهو مادعانا الى التمهيد بتلك الأقوال للكلام على أحكام تلف الأموال الزكوية بعد وجوب الزكاة فيها حيث ينبنى على معرفة وقت الوجوب معرفة الأحكام التى علّقها الفقهاء به ومن بينها مانحن بصدد البحث عنه وهو التلف والاتلاف ٠ فحيث علّق فقهاء بعض المذاهب اسقاط الزكاة أو عدم اسقاطها بوقت الوجوب فيجب الرجوع الى قولهم فى تحديد وقت الوجوب وهو ماذكرناه آنفا ٠

بناء على ذلك فقد اختلف الفقهاء فيما اذا تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة قبل أدائها على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة فى قول (٤) وهو رواية عن الامام أحمد اختارها ابن قدامة الى أن تلف المال الذى وجبت فيه الزكاة مُسْقِطٌ لما وجب فيه بشرط عدم التفريط وعدم التمكن

---

(١) المبسوط (١٧٤/٢)، رد المحتار (٢٨٣،٢٧١،٣٦١/٢)، بدائع الصنائع (٩٥٠ - ٩٤٨،٩٢٣،٨٥٣/٢) ٠

(٢) جواهر الاكليل (١٢٦،١٤١/١)، حاشية الدسوقى (٤٥٢/١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٥٤،٤٥٢/١)، أحكام القرآن لابن العربى (٧٦٣/٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٠٦/٧)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٧٥/١) ٠

(٣) روضة الطالبين (٢٥٢،٢٢٣/٢)، الأم (٤٤،٢٧،١٠،١٥/٢)، مغنى المحتاج (٤١٨،٣٨٧/١)، المهذب (١٩٦/١ - ١٩٢،٢١١،١٩٧) ٠

(٤) المغنى (٥٠٨/٢ - ٥٠٩)، الانصاف (١٠٣،٣٩/٣)، الاختيارات لشيخ الاسلام (ص ٩٨)، المحرر (٢١٩/١) ٠

من الأداء لأنه اذا تمكن من الأداء ثم تراخى فهو مقصر يلزمه الضمان (١) وتَفَرَّدَ الحنفية بالقول أنه لو تمكن من الأداء ثم تلف المال سقطت الزكاة لأنها بامكان الأداء تجب وجوبا مُوَسَّعاً وهو بالتأخير عن أول الوقت لم يُفَوِّتْ على الفقير ملكا ولايدا . أما اذا لم يتمكن من الأداء فانها لاتجب أصلا عند الحنفية اذ التمكن من الأداء شرط وجوب عندهم .

واستثنى المالكية (٢) من قولهم هذا ما اذا عزل الزكاة ثم تلف المال الذى عزل زكاته فقالوا يجب عليه دفع الزكاة المعزولة سواء فرط أو لم يفرط .

---

(١) جاء فى روضة الطالبين توضيحا لذلك : " امكان الأداء ليس المراد به مجرد تمكنه من اخراج الزكاة بل يعتبر معه وجوب الاخراج وذلك بأن تجتمع شرائطه فمنها أن يكون المال حاضرا عنده فان كان غائبا لم يجب الاخراج من موضع آخر وان جوزنا نقل الزكاة ومنها أن يجد المصروف اليه وقد تقدم أن الأموال ظاهرة وباطنة فالباطنة يجوز صرف زكاتها الى السلطان أو نائبه ويجوز أن يفرقها بنفسه فيكون واجدا للمصروف اليه سواءوجد أهلَ السُّهْمَانِ أو الامام أو نائبه يفرقها وأما الأموال الظاهرة فكذلك ان جوزنا تفرقتها بنفسه والا فلا امكان حتى يجد الامام أو نائبه ... قال صاحب التهذيب وغيره ويشترط فى امكان الأداء أن لايكون مشتغلا بشئ يهمه من أمر دينه أو دنياه" . انظر (٢/٢٢٥)،وراجع مغنى المحتاج (١/٤١٣) .
وجاء فى الأم (٢/٤٤) : " فان حال عليه حول وهو فى سفر فلم يجد من يستحق السُّهْمَان أوهو فى مصر فطلب فلم يحضره فى ساعته تلك من يستحق السُّهْمَان أو سجن أو حيل بينه وبين ماله فكل هذا عذر لايكون به مفرطا وماهلك من ماله بعد الحول لم يحسب عليه فى الزكاة كما لايحسب قبل الحول وان كان يمكنه اذا حبس من يثق به فلم يأمره بذلك أى وجد أهل السُّهْمَانِ فَأَخَّرَ ذلك قليلا أو كثيرا وهو يمكنه فلم يُعْطِهِمْ بوجود المال وأهل السُّهْمَانِ فهو مفرط" .
وقال ابن قدامة : " ومعنى التفريط أن يتمكن من اخراجها فلايخرجها وان لم يتمكن من اخراجها فليس بمفرط سواء كان ذلك لعدم المستحق أو لبعد المال عنه أو لكون الفرض لايوجد فى المال ويحتاج الى شرائه فلم يجد مايشتريه أو كان فى طلب الشراء ونحو ذلك " .انظر المغنى (٢/٥٠٩) . وجاء فى جواهر الاكليل (١/١٤١):" ولم يمكنه الأداء منه أى اخراج الزكاة منه اما لعدم مستحق أو لعدم امكان الوصول الى المال" . وراجع الشرح الكبير (١/٥٠٣).

(٢) راجع فى ذلك جواهر الاكليل (١/١٤١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١/٥٠٣)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١/٢٦٣)، المدونة (١/٣٥٩) .

هذا اذا هلك المال الذى وجبت فيه الزكاة كله ولم يبق منه شئ أما اذا بقى منه شئ فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

للمالكية (١) وهو أنه ان كان الباقى نصابا زكّاه والا فلا وهذا أحد القولين عند الشافعية بناء على أن التمكن من الأداء شرط وجوب .

ولكن القول بأن التمكن من الأداء شرط وجوب خلاف الأظهر عندهم ،جاء فى روضة الطالبين (٢) : " امكان الأداء شرط فى الضمان قطعا وهل هو شرط فى الوجوب أيضا : قولان : أظهرهما ليس بشرط . والثانى شرط كالصلاة والصوم والحج " .

القول الثانى :

للحنفية (٣) والشافعية (٤) فى أظهر القولين وبعض الحنابلة (٥) وهو التفصيل :

(أ) ان كان نصابا فقط من غير زيادة فتلف بعضه دون بعض ففى الباقى حصته من الزكاة .

جاء فى المبسوط (٦) : " فان هلك نصفها فعليه فى الباقى حصته من الزكاة اذا لم يكن فى المال فضل على النصاب ،ولاخلاف فيه والبعض معتبر فى الكل فكما أنه اذا هلك النصاب كله سقط جميع الزكاة فكذلك اذا هلك البعض يسقط بقدره " .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٣/١، ٤٥٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٥/١)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٠٦/٧) .

(٢) (٢٢٣/٢) .

(٣) المبسوط (١٧٥/٢ - ١٧٦)، بدائع الصنائع (٨٥٥/٢)، رد المحتار (٢٨٣/٢-٢٨٤)، الهداية مع شرح فتح القدير (١٩٧/٢)، مجمع الأنهر (٢٠٤/١) .

(٤) روضة الطالبين (٢٢٤/٢ - ٢٢٥)، مغنى المحتاج (٤١٨/١)، نهاية المحتاج (١٤٦/٣)، المهذب (١٩٦/١)، الأم (٤٤/٢) وجاء فيه : " وان حلّت زكاة ماله زكى مافى يديه من ماله ولم يحسب عليه ماهلك منه من المال وقال (ص ٤٥) :"وماهلك من ماله بعد الحول لم يحسب عليه فى الزكاة كما لايحسب ماهلك قبل الحول ...وماهلك من ماله فالزكاة لازمة له فيما بقى فى يديه منه" .

(٥) الانصاف (١٠٣/٣) .

(٦) (١٧٥/٢) .

وجاء فى المنهاج (١) : " ولو تلف بعضه فالأظهر أنه يغرم قسط مابقى " .

قال الشربينى شارحا : " ولو تلف بعضه بعد الحول وقبل التمكن وبقى بعضه فالأظهر أنه يغرم قسط مابقى ... فلو تلف واحد من خمس من الابل قبل التمكن ففى الباقى أربعة أخماس شاة (٢) " .

وجاء فى الانصاف (٣) : " اختار الشيخ يعنى به المصنف الوجوب فيما بقى بقسطه قال وهو أصح كما لو تلف بعض النصاب من غير الزرع والثمرة بعد وجوب الزكاة قبل تمكنه من الاخراج " .

ومما ينبغى التنبه اليه فى هذا القول : أنه عام فى جميع الأموال عند الامام أبى حنيفة . وخالفه فى ذلك الصاحبان (٤) فى الزروع والثمار حيث قالا : ماهلك بعد الوجوب يعتبر الهالك مع الباقى فى تكميل النصاب ويحتسب به فى تمام الأوسق الخمسة .

وهناك رواية عن أبى يوسف : أنه لايعتبر الهالك فى تمام الأوسق بل يعتبر التمام فى الباقى إن كان فى نفسه نصابا يكون فيه العشر والا فلا .

وهذه الرواية تتفق مع ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهم المالكية .

(ب) اذا كان المال الذى وجبت فيه الزكاة فيه عفو فتلف بعضه فقد اختلف الحنفية فى ذلك على رأيين :

(الأول) لأبى حنيفة وأبى يوسف حيث قالا : اذا اجتمع فيه النصاب والعفو ثم هلك البعض يصرف الهلاك الى العفو أولا كأنه لم يكن فى ملكه الا النصاب . مثال ذلك (٥) : له ثمانون شاة حال عليها الحول ثم هلك

---

(١) مغنى المحتاج (١/٤١٨) .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) الانصاف (٣/١٠٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٢/٩٤٧) .

(٥) هذا على فرض أن المال الذى تلف بعضه أول النصاب ومعه العفو فقط أى لم يصل الى النصاب الثانى أما ان كان كذلك فقد اختلف الامام أبو حنيفة وأبو يوسف : فقال أبو حنيفة : يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الأخير ثم الذى يليه الى أن ينتهى لأن الأصل هو النصاب الأول ومازاد عليه تبع وقال أبو يوسف يصرف الى العفو أولا ثم الى النصاب شائعا مثال ذلك : اذا كان له أربعون من الابل فهلك منها عشرون بعد الحول فعند أبى حنيفة تجب أربع شياه كأن الحول حال =

أربعون منها وبقى أربعون فعليه فى الباقى شاة كاملة لأن الهلاك يصرف الى العفو فجعل كأن الغنم أربعون من الابتداء بناء على أن الزكاة تتعلق بالنصاب دون العفو عندهما .

وهذا هو قول بعض الحنابلة القائلين بأن تلف النصاب قبل التمكن[1] يسقط الزكاة وهو المذهب عند الشافعية أيضا[2] . اذ الأظهر عندهم أنه يغرم قسط مابقى بعد اسقاط العفو مثال ذلك : عنده تسع من الابل فهلك قبل التمكن خمس وجب أربعة أخماس شاة . وان هلك أربعة وجب شاة وهذا مبنى عندهم على أن التمكن شرط فى الضمان دون الوجوب وأن الأوقاص عفو وهو الأظهر ،جاء فى روضة الطالبين[3] : " الأوقاص التى بين النصب فيها قولان:

= على عشرين فقط جعلا للهالك كأن لم يكن وعند أبى يوسف يجب عشرون جزءا من ستة وثلاثين جزءا من بنت لبون ويسقط ستة عشر جزء لأن الأربعة من الأربعين عفو فيصرف الهلاك اليها ويبقى الواجب فى ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقى . راجع الهداية والعناية مع شرح فتح القدير (١٩٧/٢،١٩٨)،رد المحتار (٢٨٣/٢ - ٢٨٤) وقال : قال فى البحر ظاهر الرواية عن أبى يوسف كقول الامام وقال (٢٨٣/٢): لو كان عنده ثلاثة نصب مثلا وشىء زائد مما لايبلغ نصابا رابعا فهلك بعض ذلك يصرف الهالك الى العفو أولا فان كان الهالك قدر العفو يبقى الواجب عليه فى الثلاثة نصب بتمامه وان زاد يصرف الهالك الى نصاب يليه أى الى النصاب الثالث ويزكى عن النصابين فانزاد الهالك عن النصاب الثالث يصرف الزائد الى النصاب الثانى وهكذا الى أن ينتهى الى الأول . ثم ان هذا قول الامام وعند أبى يوسف يصرف الهالك بعد العفو الأول الى النصب شائعا" .

وراجع مجمع الأنهر (٢٠٣/١ - ٢٠٤) .

(١) المغنى (٤٤١/٢) .

(٢) روضة الطالبين (٢٢٤/٢،٢٥٢)،مغنى المحتاج (٤١٨/١)،نهاية المحتاج (١٤٦/٣)، المهذب (١٩٦/١) .

(٣) (٢٢٣/٢)،وراجع المجموع (٣٢١/٥) .

أظهرهما أنها عفو والفرض يتعلق بالنصاب خاصة " .

(الثانى) لمحمد بن الحسن وزفر حيث قالا : يصرف الهلاك الى الكل شائعا مثال ذلك : له ثمانون شاة حال عليها الحول ثم هلك أربعون منها وبقى أربعون فعليه نصف شاة لأن الواجب فى الكل عندهما شاة وقد هلك النصف فيسقط الواجب بقدره ولو هلك ستون وبقى عشرون فعليه ثلاثة أرباع الشاة وهكذا . وهذا بناء على أن الأصل عندهما أن الزكاة تتعلق بالنصاب والعفو جميعا .

وقد قدم أصحاب المتون ومنهم صاحب الملتقى قول أبى حنيفة وأبى يوسف مما يشعر بأنه الراجح المختار للفتوى فى المذهب الحنفى (١) .

ورجح ابن الهمام قول محمد وزفر (٢) فقد قال عند ذكر صاحب الهداية لدليل أبى حنيفة وأبى يوسف (٣) : "لايخفى أن هذا الحديث لايقوى قوة حديثيهما فى الثبوت ان ثبت والله أعلم به وانما نسبه ابن الجوزى فى التحقيق الى رواية القاضى أبى يعلى وأبى اسحاق الشيرازى فى كتابيهما ،فقول محمد أظهر من جهة الدليل . ولأن جعل الهالك غير النصاب تحكم لأن النصاب غير متعين فى الكل فيُجعَل الوجوب متعلقا بفعل الاخراج من الكل ضرورة عدم تعين بعضها لذلك ،وقولهم انه يسمى عفوا فى الشرع يتضاءل عن معارضة النص الصحيح فلا يلتفت اليه " .

---

(١) راجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢٠٤/١) وانظر مقدمة الكتاب (٧/١) وفيها : " وصَرَّحتُ بذكر الخلاف الواقع بين أئمتنا الامام محمد الشيبانى والامام أبى يوسف الرَّبَّاني والامام أبى حنيفة الأعظم رحمهم الله ثم أخترَعُ قاعدة فى المسائل الخلافية لِيُعلَمَ منها الأقوى والأرجح المختار للفتوى فقال : وقَدَّمتُ من أقاويلهم ماهو الأرجح المختار للفتوى ... وأخرت غيره أى غير الأرجح" . وقد أشار الى هذا الاصطلاح ابن عابدين . راجع رد المحتار (٢٧٠/٢) .

(٢) شرح فتح القدير (١٩٧/٢) .

(٣) راجع فى الأدلة الهداية مع شرح فتح القدير (١٩٧/٢)،بدائع الصنائع (٨٥٥/٢)، المبسوط (١٧٦/٢)،تبيين الحقائق (٢٦٨/١ - ٢٦٩)،مجمع الأنهر (٢٠٤/١) .

القول الثانى :

للحنابلة[(١)] وهو المذهب والظاهرية[(٢)] وهو انه اذا تلف المال الذى وجب أداء زكاته فان الزكاة لاتسقط سواء فرط أو لم يفرط ،تمكن من الأداء أو لم يتمكن ،وهى دين فى ذمته يجب عليه دفعها الى مستحقها . قال ابن قدامة[(٣)] : "وان قلنا بوجوبها بعد تلف المال فأمكن المالك أداؤها أداها والا أنظر بها الى يسرته وتمكنه من أدائها من غير مضرة عليه لأنه اذا لزم انظاره بدين الآدمى المتعين فبالزكاة التى هى حق لله تعالى أولى " .

وقال ابن حزم[(٤)] : " وانما هى حق مفترض عليه فى ذمته حتى يؤديه الى المصدق أو الى من جعلها الله تعالى له فهى دين عليه لاأمانة عنده والدين مؤدى على كل حال" .

وانما قلنا فى أول هذا القول اذا تلف المال الذى وجب أداء زكاته لنخرج الزروع والثمار اذا تلفت بعد وجوب الزكاة وقبل استقرارها فى الذمة عند الحنابلة فانهم قد استثنوا هذه المسألة ونصوا[(٥)] على أنه اذا تلفت الزروع والثمار قبل استقرار وجوبها من غير تعد منه أو تفريط فانها تسقط الزكاة وان تلفت بعدوانه أو بتفريطه لم تسقط .

قال الامام أحمد رحمه الله : " اذا خُرِصَ وتُرِكَ فى رؤوس النخل فعليهم حفظه فان أصابته جائحة فذهبت الثمرة سقط عنهم الخرص ولم يؤخذوا به قال ابن قدامة : " ولانعلم فى هذا خلافا . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الخارص اذا خرص الثمرة ثم أصابتها جائحة فلا شئ عليه اذا كان قبل الجذاذ ولأنه فى حكم مالاتثبت اليد عليه بدليل أنه لو اشترى

---

(١) شرح منتهى الارادات (٣٧٣/١)،كشاف القناع (٢١١/٢)، التنقيح (ص ١٠٧ – ١٠٨)،غاية المنتهى (٢٩٠/١ – ٢٩١)، الانصاف (٣٩/٣)، القواعد لابن رجب (ص ٢٧،٣٧١)، المحرر (٢١٩/١)، المغنى (٥٠٨/٢)، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام (ص ٧٢) .

(٢) المحلى (٣٩١/٥،٣٨١) .

(٣) المغنى (٥٠٩/٢) .

(٤) المحلى (٣٩٣/٥) .

(٥) راجع المصادر السابقة هامش (١) .

ثمرة فتلفت بجائحة رجع بها على البائع " (١) .

فالحاصل أن تلف الزروع والثمار بعد الوجوب وهو بدو الصلاح في الثمار واشتداد الحبوب في الزروع مسقط للزكاة فيها وتلفها بعد استقرار الوجوب وهو جعل الثمار في الجرين والزروع في البيادر لايسقط الزكاة فيها كما لو تلف نصاب السائمة والأثمان بعد الحول (٢) .

وبناء على ذلك قال الحنابلة : ان بقي في الزروع والثمار بعد تلفها نصاب زكاة والا فلا على الصحيح من المذهب (٣) .

منشأ الخلاف بين الفقهاء والأدلة :

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في هذه المسألة نستخلص أنهم فيها طرفان ووسط :

فالطرف الأول هم الحنفية الذين قالوا بسقوط الزكاة اذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن . لأن الأصل عندهم أن الزكاة عبادة محضة متعلقة بعين المال واجبة على التراخي (٤) فاذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سقطت زكاته حتى لو تمكن من أدائها لأن عين المال الذي وجبت فيه الزكاة قد تلف . فان قيل تلف بعد وجوب الزكاة فيه وتمكنه من الأداء قلنا ولكنه لايجب عليه دفعها فور وجوبها .

---

(١) المغني (١٢/٣) وانظر قول ابن المنذر في كتابه الاجماع (ص ٤٣) .

(٢) المغني (١٢/٣) .

(٣) الانصاف (١٠٣/٣)، المغني (١٢/٣)، كشاف القناع (٢٤٦/٢)، المبدع (٣٤٨/٢) قال : "فان تلفت بعض الثمرة فقال القاضي : ان كان الباقي نصابا ففيه الزكاة والافلا ، والمذهب ان كان التلف قبل الوجوب فهو كما قال القاضي وان كان بعده وجب في الباقي بقدره مطلقا" . لكن الصحيح من المذهب خلاف ذلك كما ذكر المرداوي .

(٤) راجع في ذلك الهداية مع شرح فتح القدير (١٥٥/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٢٧١/٢) . وقد أشاروا الى قول آخر في المذهب وهو أن الزكاة على الفور . وحققوا المسألة فأشار الحصكفي الى أن هذا القول عليه الفتوى . والأول صححه الباقلاني وقال في البدائع (٨١٢/٢) وعليه عامة المشايخ . ومبنى مسألتنا على القول بأنه على التراخي راجع رد المحتار (٢٧١/٢)، بدائع الصنائع (٨١٢/٢) .

والطرف الثانى هم الحنابلة والظاهرية الذين قالوا بعدم سقوط الزكاة بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن فرط أو لم يفرط . لأن الأصل عندهم أن الزكاة بعد وجوبها تتعلق وتثبت فى ذمة صاحب المال لابعين ماله وماثبت فى الذمة لايسقط بتلف المال لأن الذمة باقية .

وان كان هناك قول آخر لبعض الحنابلة وهو أن الزكاة بعد وجوبها تتعلق بعين المال لافى الذمة لكنهم قالوا ومع ذلك لاتسقط بتلفه لأن وجوبها كان شكرا لنعمة تَمَّ سببها وهو النصاب الباقى النامِيّ وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة (١) .

وأما الوسط فهم الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة الذين قالوا إذا تلف المال بعد وجوب الزكاة فيه فان تمكن من الأداء ثم تلف فان الزكاة لاتسقط لأن الزكاة واجبة على الفور (٢) ،قال القرطبى : " ومن وجبت عليه زكاة فلم يخرجها عند محلها وفرط فيها ثم أخرجها فضاعت قبل أن يسلمها الى أهلها فعليه ضمانها لأنه فى تأخيره لها عن وقتها تعلقت بذمته وماتعلق بذمته لم يسقط بتلف ماله" (٣) .

فمنشأ الخلاف اذا أمران :

(أحدهما) متعلق الزكاة بعد الوجوب هل هو الذمة أو عين المال ؟

(الثانى) امكان الأداء هل هو شرط وجوب أو ضمان أو لا ؟

وفيما يلى نعرض أدلة كل فريق على صحة دعواه :

(أولا) استدل الحنفية على أن الزكاة بعد وجوبها تتعلق بعين المال فاذا تلف سقطت :

(١) قوله تعالى : " خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً" (٤) .

---

(١) القواعد لابن رجب (ص ٣٧١) .
(٢) راجع للشافعية روضة الطالبين (٢/٢٢٣)، المهذب (١/١٩٢)، المجموع (٥/٢٨٦)،تخريج الفروع على الأصول (ص ١١٠)،وراجع للحنابلة المغنى(٢/٥١٠)
(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (١/١٦٢) .
(٤) التوبة : ١٠٣

وقوله صلى الله عليه وسلم : " فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بدالية أو نضح نصف العشر" (١) .

قالوا : حرف (من) الوارد فى الآية للتبعيض فيقتضى أن يكون الواجب بعض النصاب (٢) .

وحرف (فى) فى الحديث للظرفية فجعل الواجب مظروفا فى النصاب (٣) .

فالواجب اذا فى عين المال وانما جاز الاخراج من غير النصاب رخصة (٤) .

قالوا : اذا ثبت أن محل الزكاة العين فانه اذا تلف المال سقطت زكاته لما يأتى .

(٢) أن الحق لايبقى بعد فوات محله كالعبد الجانى اذا هلك والشقص الذى فيه الشفعة اذا صار بحرا بطل حق الشفيع .

(٣) أن وجوب الزكاة لمواساة الفقراء وبعد هلاك المال استحق المواساة معهم فلا يلزمه أن يواسى غيره .

(٤) أن الواجب قليل من كثير على وجه لايكون أداؤه ملحقا الضرر به ولهذا اختص بالمال النامي حتى ينجبر بالنماء مايلحقه من الخسران بالأداء وهذا لايتحقق بعد هلاك المال فلو استوفي كان المستوفى غير ماوجب وذلك لايجوز .

(٥) أن الزكاة عرف وجوبها على طريق اليُسْر وطيبة النفس بأدائها ولهذا اختص وجوبها بالمال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية وشُرِطَ لها الحول والنصاب واليُسْرُ انما يتحقق اذا كان الواجب فى النصاب يبقى ببقائه ويهلك بهلاكه .

واستدلوا على سقوطها بتلف المال بعد الوجوب حتى مع التمكن من أدائها بقولهم : " ولأن وجوب الضمان يستدعى تفويت ملك أو يد كما فى سائر الضمانات وهو بالتأخير عن أول أوقات الامكان لم يُفَوِّتْ على

---

(١) رواه الامام أحمد (١٤٥/١) بلفظ بالغرب أو الدالية بدل بدالية أونضح . ورواه الامام البخارى بلفظ : فيما سقت السماء والعيون أو كان عشريا العشر وما سقى بالنضح نصف العشر . صحيح البخارى (١٣٣/٢) كتاب الزكاة باب (٥٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٨٥٤/٢) .

(٣) المرجع السابق ، والمغنى (٥٠٦/٢) .

(٤) المغنى (٥٠٦/٢) .

الفقير ملكا ولايدا".[1]

(ثانيا) أدلة أصحاب القول الثانى القائلين بعدم سقوط الزكاة بتلف المال بعد وجوبه :

ذكرنا أن مبنى ذلك على أن الزكاة تثبت فى ذمة صاحب المال فلذلك لاتسقط بتلفه وهذا قول الظاهرية وهو رواية عند الحنابلة واستدلوا على ذلك :

(١) أن اخراج الزكاة من غير النصاب جائز من غير خلاف بين الأمة من زماننا الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو كانت فى عين المال لم يحل له البته أن يعطى من غيرها ولوجب منعه من ذلك .

(٢) أنها لو وجبت فى عين المال لامتنع تصرف المالك فيه ولتمكن المستحقون من الزامه أداء الزكاة من عين المال .

(٣) قال ابن حزم[2] : "لو كانت الزكاة فى عين المال لكانت لاتخلوا من أحد وجهين لاثالث لهما : اما أن تكون فى كل جزء من أجزاء ذلك المال أو تكون فى شىء منه بغير عينه فلو كانت فى كل جزء منه لحرم عليه أن يبيع منه رأسا أو حبة فما فوقها لأن لأهل الصدقات فى الجزء شريكا ولحرم عليه أن يأكل منها شيئا لما ذكرنا وهذا باطل بلا خلاف وللزم أن لايخرج الشاة الا بقيمة مصححة مما بقى كما يفعل فى الشركات ولابد . وان كانت الزكاة فى شىء منه بغير عينه فهذا باطل وكان يلزم أيضا مثل ذلك سواء بسواء لأنه كان لايدرى لعله يبيع أو يأكل الذى هو حق أهل الصدقة فصح ماقلنا يقينا" .

القول المختار :

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فى المسألة تبين لى الآتى :

---

(١) انظر فى هذه الأدلة بدائع الصنائع (٢/٨٥٤)، المبسوط (٢/١٧٤ - ١٧٥)، المغنى (٢/٥٠٩) .

(٢) المحلى (٥/٣٩١) .

(١) رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء فى القول الأول من أن الزكاة تسقط بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه لكن بشرط أن يتلف قبل التمكن من الأداء بخلاف ماذهب اليه الحنفية لأنه اذا تمكن من أدائه فلم يُؤدِّه فهو مفرط آثم بالتأخير فيتحمل تبعة اهماله وتفريطه وهذا بناء على قول جمهور العلماء ان الأمر المطلق المجرد عن القرائن يقتضى الفور (١) .

ومما دعانى الى ترجيح هذا القول هو قوة ما استدل به من ذهب هذا المذهب فى نظرى ولتضافر الأدلة على رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية هذا بالاضافة الى أن سبب وجوب الزكاة على شخص من المسلمين هو وجود المال الذى يبلغ حد الزكاة فى يديه فنظرا من الشارع الحكيم للفقراء من المسلمين جعل لهم فى هذا المال نصيبا مفروضا فى مال أخيهم المسلم على سبيل المواساة لهم وحتى لايكون المال دولة بين الأغنياء فقط (٢) دون الفقراء فاذا تلف مال الغنى فقد استوت الرتبة واستحق المواساة ولايصح قياس الزكاة على الأجرة فى وجوب دفعها بجامع الانتفاع مدة معينة من الزمن كما قال بعض الحنابلة لأن الاجارة تفارق الزكاة بحيث لو أراد المستأجر الفسخ قبل انتهاء المدة المضروبة ورضى المؤجر بذلك لاستحق المؤجر أجرة العين عن المدة التى انتفع بها المستأجر ولايقولون بذلك فى الزكاة فللمالك أن يتصرف فى المال قبل الوجوب بالبيع والهبة ونحو ذلك ولايلزمه أن يدفع من الزكاة بقدر ما استمتع به ولو تلف فى آخر الحول أى قبل انتهائه سقطت الزكاة عنه حتى لو

---

(١) راجع فى ذلك القواعد والفوائد الأصولية (ص ١٧٩)، تخريج الفروع على الأصول (ص ١٠٨)، شرح الكوكب المنير (٣/٤٨) .

(٢) تخريج الفروع على الأصول (ص ١١٠) وقد جاء فيه : "أن الزكاة مؤونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء بقرابة الاسلام على سبيل المواساة ومعنى العبادة تبع فيها وانما أثبته الشرع ترغيبا فى أدائها حيث كانت النفوس مجبولة على الضنه والبخل فَأُمِرَ بالتقرب الى الله تعالى بها ليطمع فى الثواب ويبادر الى تحقيق المقصود . واحْتُجَّ فى ذلك بحصول مقصودها مع الامتناع قهرا وجواز التوكيل فى أدائها وتحمل الزوج عن زوجته والسيد عن عبده" .

استمتع به حولا كاملا الا يوما فلا يجب عليه شئ فثبت[1] عدم صحة قياسه على الاجارة . والله أعلم .

(٢) اذا قلنا برجحان القول بأن الزكاة تسقط اذا تلف المال كله قبل التمكن من أدائها فان الأولى فى نظرى ترجيح ماذهب اليه الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة من أنه لو تلف بعض المال دون بعض فانه يزكى الباقى بقسطه ولو كان أقل من النصاب نظرا للفقراء واعمالا للقاعدة الفقهية : " الميسور لايسقط بالمعسور" و "ومالايدرك كله لايترك جله"[2] .

ولأن البعض معتبر فى الكل فكما أنه اذا هلك كله سقط جميع الزكاة فكذلك اذا هلك البعض يسقط بقدره[3] .

ولأن سقوط بعض الواجب للعجز لايمنع بقاء الوجوب للمقدور[4] ،قال تعالى : " فَٱتَّقُوا ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ"[5] ،والله أعلم .

---

(١) راجع المغنى (١٤،١٢/٣) .

(٢) الأشباه والنظائر (ص ١٥٩) وجاء فيه : " قال ابن السبكى وهى من أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم" وذكر الامام أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التى لاتكاد تنسى ماأقيمت أصول الشريعة " .

(٣) المبسوط (١٧٥/٢) .

(٤) شرح الكوكب المنير (٣٦١/١) .

(٥) التغابن : ١٦

المطلب الثانى : فى اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة

لاخلاف بين الفقهاء فى أن اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة لايُسْقِطُ ماوجب فيه وأنه اذا أتلفه صاحبه أو غيره بأى وجه من وجوه الاتلاف فانه يضمن للمساكين حقهم من الزكاة[1] وقد استثنى بعض الفقهاء من ذلك :

مسألة الأكل من الثمار والزروع بعد وجوب الزكاة فيها :

فقد ذهب الحنابلة[2] الى أن لصاحب الزرع والثمر الأكل منه بعد الخرص وليس عليه زكاة فيما أكل اذا كان فىحدود المشروع . والى ذلك ذهب الظاهرية[3] فى الثمار وأبو يوسف[4] من الحنفية الا أنه قال : ان ماأكله

(١) راجع فى ذلك : المبسوط (١٧٥/٢،١٩٦)،بدائع الصنائع (٨٥٥/٢ – ٨٥٨ ، ٨٥٩)،رد المحتار (٣٦١/٢)،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٣/١ – ٤٤٤)،الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٦٤/١)،الجامع لأحكام القرآن (١٠٨/٧)،الأم (٢٨/٢)،روضة الطالبين (٢٥٢/٢)،مغنى المحتاج (٤١٨/١)،نهاية المحتاج (١٤٦/٣)،شرح منتهى الارادات (٣٩٢/١)،كشاف القناع (٢٤٦/٢،٢٥١)،الانصاف (١٠٦/٣،١٠٩)،المغنى (١٥/٣) . بل قد نَصَّ الحنابلة والشافعية على أنه لو احتاج صاحب النخل مثلا قطع بعض ثمرة النخل قبل كمالها خوفا من العطش أو ضعف الجمار أو لتحسين بقية الثمرة فانه يجوز قطعه لأن حق الفقراء انما يجب على طريق المواساة فلا يكلف الانسان من ذلك مايهلك أصل ماله ولأن حفظ الأصل أحظ للفقراء من حفظ الثمرة لأن حقهم يتكرر بحفظها فى كل سنة فهم شركاء فى النخل . ومع حاجة صاحب الثمرة الى قطعه فانه لايسقط حق المقطوع من الزكاة بل يجب على صاحبه دفعه الى مستحقه . راجع فى ذلك : كشاف القناع (٢٤٧/٢)،الانصاف (١٠٤/٣– ١٠٥) المغنى (١٨/٣)،الأم (٢٨/٢)،المهذب (٢١١/١)،روضة الطالبين (٢٥٥/٢).

(٢) شرح منتهى الارادات (٣٩٤/١)،الانصاف (١١٠/٣ – ١١١)،كشاف القناع (٢٥٢/٢)،المغنى (١٧/٣) .

(٣) المحلى (٣٨٥/٥) .

(٤) بدائع الصنائع (٩٤٩/٢) .

من الزروع والثمار يعتدُّ به في تكميل النصاب وهو الأوسق فاذا بلغ الكل نصابا أدى عشر ما بقى .

وخالف في ذلك أبو حنيفة (١) والشافعية (٢) والمالكية (٣) وقالوا بأنه يضمن عشر ما أكل ويؤدى عشر ما بقى .

منشأ الخلاف والأدلة :

لقد نشأ الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة تبعا لاختلافهم في الآثار الواردة فيما يلزم الخارص أن يترك لأصحاب الثمرة من خرصه . فمن قال بأنه يلزمه ان يترك لهم الربع أو الثلث وهم الحنابلة والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية فقد أخذ بتلك الآثار وعمل بها حتى ان الحنابلة نصُّوا (٤) على أن الخارص اذا لم يترك لهم ماتجرى العادة بتركه فانهم يأكلون مثل هذا القدر من الثمار ولايحسب عليهم .

ومن قال بأن الخارص لايترك لهم شيئا ويلزمه أن يدخل جميع الثمرة بالخرص ادعى أن تلك الآثار منسوخة بحديث العشر أونصف العشر كما قال الحنفية (٥) ، أو حَمَلَهَا على أنه يترك له ذلك من الزكاة لامن المخروص ليفرقه بنفسه على فقراء أهله وجيرانه لطمعهم في ذلك منه كما ذهب الى ذلك الشافعية (٦) .

وهذه الآثار هي :

(١) مارواه أبو داود عن عبدالرحمن بن مسعود قال : جاء سهل بن أبي حثمة الى مجلسنا قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فجذُّوا ودعوا الثلث فان لم تدعوا أو تَجِذُوا

---

(١) بدائع الصنائع (٩٤٩/٢)،وراجع أحكام القرآن للجصاص (١٨٠/٤) .
(٢) روضة الطالبين (٢٥٢/٢)،مغنى المحتاج (٣٨٧/١)، الأم (٢٨/٢) .
(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢٦٤/١، ٢٦٥)، الجامع لأحكام القرآن (١٠٦/٧، ١٠٨)،جواهر الاكليل (١٢٥/١)،حاشية الدسوقي (٤٥١/١) .
(٤) راجع شرح منتهى الارادات (٣٩٤/١)، الانصاف (١١٠/٣)، المغني (١٧/٣) .
(٥) بدائع الصنائع (٩٥٠/٢).
(٦) مغنى المحتاج (٣٨٧/١) .

الثلث فدعوا الربع " (١) .

(٢) أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يارسول الله ان أبا حثمة زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يارسول الله لقد تركت له قدر عَرِيَّةِ أهله ومايطعم المساكين ومايصيب الريح فقال صلى الله عليه وسلم لقد زادك ابن عمك وأنصفك " (٢) .

(٣) وقوله صلى الله عليه وسلم : خَفِّفُوا فى الخرص فان فى المال

---

(١) رواه أبو داود (٢٥٩/٢) كتاب الزكاة باب (١٤) وسكت عنه .والترمذى (٢٦/٢) كتاب الزكاة باب (١٧) وفيه لفظ خذوا بدل جذوا .والنسائى (٤٢/٥) كتاب الزكاة باب كم يترك الخارص ،وابن أبى شيبة (١٩٤/٣) كتاب الزكاة باب ماذكر فى خرص النخل ،وابن حبان فى موارد الظمآن (ص ٢٠٤) ،والحاكم فى المستدرك (٤٠٢/١) وقال صحيح الاسناد ووافقه الذهبى قال الحاكم وله شاهد باسناد متفق على صحته وقال الذهبى صحيح وهو مارواه سهل بن أبى حثمة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعثه الى خرص الثمر وقال اذا أتيت أرضا فاخرصها ودع لهم قدر مايأكلون" . قال ابن حجر : " وفى اسناده عبدالرحمن بن مسعود ابن نيار الراوى عن سهل بن أبى حثمة وقد قال البزار انه انفرد به وقال ابن القطان : لايعرف حاله ،ومن شواهده مارواه ابن عبدالبر من طريق ابن لهيعة عن ابن الزبير عن جابر مرفوعا : خففوا فى الخرص ...الحديث . انظرالتلخيص الحبير (١٨٢/٢) ،وراجع نيل الأوطار (١٨٧/٥) . وأخرج الشاهد الذى ذكره الحاكم عبدالرزاق فى مصنفه (١٢٩/٤) وابن أبى شيبة عن مكحول (١٩٤/٣) وأبو عبيد فى الأموال (ص ٦٥٥) ،وقال ابن المُلَقِّن حول حديث سهل : "رواه الثلاثة وصححه ابن حبان وقال الحاكم صحيح الاسناد وخالف ابن القطان فأعله". انظر تحفة المحتاج (٥٥/٢) . وقد ضعف هذا الحديث الألبانى راجع ضعيف الجامع الصغير (١٧٥/١) .

(٢) رواه الدارقطنى (١٣٤/٢) قال صاحب التعليق المغنى العظيم آبادى "فى اسناده عبدالله بن شبيب وهو ليس بالقوى فى الحديث ،وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (٧٦/٣) : رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه محمد بن صدقة وهو ضعيف" قلت ومحمد بن صدقة فى اسناد الدارقطنى أيضا .

العرية والوصية " (١) .

جاء فى بدائع الصنائع : " أَمَرَ بالتخفيف فى الخرص وبين المعنى وهو أن فى المال عرية ووصية فلو ضُمِّنَ عشر ماتصدق أو أكل هو وأهله لم يتحقق التخفيف ولأنه لو ضُمِّنَ ذلك لامتنع من الأكل خوفا من العشر وفيه حرج الا أنه يعتد بذلك فى تكميل النصاب لأن فى نفى وجوب الضمان عنه تخفيفا عليه نظرا له ،وفى عدم الاعتداد به فى تمام الأوسق ضرر به وبالفقراء وهذا لايجوز" (٢) .

واستدل الامام أبو حنيفة رحمه الله تعالى على قوله : " ان الخارص يخرص الثمرة كلها ولايترك لأصحابها شئ فان أكلوا منها ضمنوا عشر ماأكلوا" بعموم النصوص المقتضية لوجوب العشر فى كل خارج من غير فصل بين المأكول والباقى . قال تعالى : " وآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ" (٣) فالحصاد هو القطع فيقتضى أن كل ماقطع وأخذ منه شئ لزمه اخراج عشره من غير فصل بين ما اذا كان المقطوع مأكولا أو باقيا على أنا نقول بموجب الآية أنه يجب ايتاء حقه يوم حصاده لكن ماحقه يوم حصاده . أداء العشر عن الباقى فحسب أم عن الباقى والمأكول والآية لاتتعرض لشئ من ذلك فكان تمسكا بالمسكوت وأنه لايصح .

وقد رد أبو حنيفة على من استدل بقوله تعالى : " كلوا من ثمره اذا أثمر" (٤) بأنه لو لم يبح الأكل لم يكن للأمر فائدة فقال : " يحتمل أن يكون له فائدة سوى ماقلتم وهو اباحة الانتفاع ردا لاعتقاد الكفرة بهذه الأشياء بجعلها للأصنام فرد عليهم ذلك بقوله عز وجل :" كلوا من ثمره اذا أثمر " (٥) أى انتفعوا بها ولاتضيعوها بالصرف الى الأصنام

---

(١) رواه عبدالرزاق فى المصنف (١٢٩/٤)،وابن أبى شيبة عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٩٥/٣) قال ابن حجر : رواه ابن عبدالبر من طريق ابن لهيعه عن أبى الزبير عن جابر مرفوعا . انظر التلخيص الحبير (١٨٢/٢)،وقال الشوكانى وفى اسناده ابن لهيعة انظر نيل الأوطار (١٨٧/٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٩٤٩/٢) .

(٣) الأنعام : ١٤١

(٤) الآية السابقة .

(٥) بدائع الصنائع (٩٤٩/٢) .

ولذلك قال : " وَلَاتُسْرِفُوا إِنَّهُ لَايُحِبُّ الْمُسْرِفِيْنَ"[1] .

الترجيـــح :

الذى يظهر لى ـ والله أعلم ـ رجحان ماذهب اليه الحنابلة والظاهرية من أن ماأكل صاحب الثمرة منها لايحسب عليه فى الزكاة ولايطالب بزكاة ماأكل هو وأهله أو تصدق به أو وهبه وذلك لأن حديث أبى داود عن سهل صريح فى أن الخارص يترك من خرصه الثلث أو الربع وهذا الحديث وان كان قد ضعفه جمع من أئمة الحديث الا أنه قد صححه جمع آخر كما أسلفنا وذكر الحاكم له شاهدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه بعث سهل بن أبى حثمة الى خرص الثمر وقال اذا أتيت أرضا فاخرصها ودع لهم قدر مايأكلون" وقال الحاكم متفق على صحته ووافقه الذهبى وقال ابن القيم صحيح[2] .

وفى "أضواء البيان" للشيخ الشنقيطى رحمه الله : " والقول بأنه يترك الثلث أو الربع هو الصواب لثبوت الحديث الذى صححه ابن حبان والحاكم كذلك . ولم يثبت مايعارضه ولأن الناس يحتاجون الى أن يأكلوا ويطعموا جيرانهم وضيوفهم وأصدقاءهم وسُؤَّالَهُمْ ،ولأن بعض الثمر يتساقط وتنتابه الطير وتأكل منه المارة"[3] .

قال ابن العربى : "والمتحصل من صحيح النظر أن يترك له قدر الثلث أو الربع كما بيناه فى مقابلة المؤونة من واجب فيها ومندوب اليها منها"[4] .

وأما ماقاله أصحاب القول الثانى من أن عموم الأدلة تدل على وجوب الزكاة فى كل الخارج من الأرض من غير استثناء فيمكن أن يجاب عنه بأن

---

(١) الأنعام : ١٤١

(٢) اعلام الموقعين (٣٦٨/٢)،وراجع أضواء البيان (٢١٠/٢) .

(٣) أضواء البيان (٢١٠/٢) .

(٤) عارضة الأحوذى بشرح الترمذى (١٤٤/٣) .

العموم مخصوص بحديث أبى داود وشاهده الصحيح عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ٠

بناء على ذلك فان الخارص يجب عليه أن يراعى المصلحة فى خرصه فيترك لهم القدر الذى يحتاجون اليه من غير تطفيف ولازيادة فاحشة لأن هذا فعل الصحابة رضوان الله عليهم فقد روى أبو عبيد[1] عن سهل بن أبى حثمة أن مروان بعثه خارصا للنخل فخرص مال سعد بن أبى سعد سبعمائة وسق وقال لولا أنى وجدت فيه أربعين عريشا لخرصته تسعمائة وسق ولكنى تركت لهم قدر مايأكلون" ٠

---

(١) الأموال (ص ٦٥٥) حديث رقم (١٤٥٠)،وراجع ابن حزم فى المحلى (٥/٣٨٦) ٠

المبحث الثانى

فى تلف الزكاة بعد وجوبها وعزلها لمستحقها

لو عزل انسان الزكاة بعد وجوبها ليخرجها ويدفعها الى مستحقها ثم تلفت فهل تسقط الزكاة عنه ؟ أو يجب عليه أن يدفع بدلها ؟

الكلام فى ذلك يكون فى مطلبين :

المطلب الأول : فى تلف زكاة الأموال بعد وجوبها وعزلها

لو عزل صاحب المال زكاة ماله بعد وجوبها ليدفعها الى مستحقها فتلفت فقد اختلف الفقهاء هل تسقط الزكاة عنه أو لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب المالكية [1] الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها وأخرجها ليدفعها الى مستحقها ثم تلفت بغير تفريط منه أو لم يتمكن من أدائها فتلفت فلاشىء عليه وليس عليه ضمانها . جاء فى المدونة : " قلت : فان درسه وجمعه فى أندره وجَدَّ النَّخلَ وجمعه فى جرينه ثم عزل عشره ليفرقه على المساكين فضاع فقال : لاشىء عليه اذا لم يأت منه تفريط . قال : وقال مالك فى الرجل يخرج زكاة ماله عند محلها ليفرقها فيضيع منه أنه ان لم يفرط فلا شىء عليه فهذا يجمع لك كل شىء . قلت : أرأيت الحنطة والشعير

---

(١) المدونة (٣٤٤/١ - ٣٥٩،٣٤٥)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢٦٢/١-٢٦٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٠٣/١)،جواهر الاكليل (١٤٢/١)، منح الجليل (٣٧٩/١) . قلت وقد رأينا فى المطلب السابق أن المالكية يرون أنه اذا تلف بعض المال دون بعض زكى ما بقى ان كان نصابا وفى هذه المسألة يقولون لازكاة عليه مع أنه قد تلف بعض المال وبقى بعضه ولاألحظ فرقا بين المسألتين الا ان كان الفرق أنه فى هذه المسألة قد تلف البعض بنية الزكاة فبرئت ذمته منها . وقد أشار الامام مالك الى ذلك على ماجاء فى المدونة : "وقال مالك ومما يبين لك ذلك أنه لاشىء عليه لو لم يتهيأ له دفعها بعدما أخرجها فرجع الى منزله فوجد ماله قد سرق لم يكن ليضع عنه اخراج ما أخرج من زكاته ليدفعها قال قال مالك : فلذلك رأيت أن لاشىء عليه فى الذى أخرج اذا ضاعت" . المدونة (٣٥٩/١) .

والتمر والسلت اذا أخرج زكاته قبل أن يأتيه المصدق فضاع أهو ضامن قال : كذلك قال مالك فى هذا . وقال فى المال أنه اذا لم يفرط فضاع المال أنه لايضمن كذلك قال مالك " .

هذا عند المالكية اذا لم يفرط أما من وجبت عليه زكاة فلم يخرجها عند محلها وفرط فيها فضاعت قبل أن يسلمها الى أهلها فعليه ضمانها لأنه فى تأخيره لها عن وقتها تعلقت بذمته وماتعلق بذمته لم يسقط بتلف ماله .

القول الثانى :

ذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها ليدفعها الى مستحقها فتلفت فان لم يفرط (٣) لم يحسب عليه ماهلك ،ولاتسقط عنه الزكاة فيمابقي/لأن من لزمه شئ لم يبرأ منه الا بدفعه الى من يستحقه قال الامام الشافعى رحمه الله : " ورجع الى مابقى من ماله فان كان فيما بقى منه زكاة زكاه وان لم يكن فيما بقى منه زكاة لم يزكه كإن حل عليه نصف دينار فى عشرين دينارا فأخرج النصف فهلك قبل أن يدفعه الى أهله فبقيت تسعة عشر ونصف فلا زكاة عليه فيها . وان كانت له احدى وعشرون دينارا ونصف فأراد أن يزكيها فيخرج عن العشرين نصفا وعن الباقى عن العشرين ربع عشر الباقى لأن مازاد من الدنانير والدراهم والطعام كله على مايكون فيه ففيه الصدقة بحسابه فان هلكت الزكاة وقد بقى عشرون دينارا أو أكثر فيزكى مابقى بربع عشره " (٤) .

هذا رأى الامام الشافعى غير أن المذهب بخلافه فقد ذكر فى المنهاج أنه يزكى مابقى بقسطه بعد التلف ولو كان دون النصاب (٥) .

---

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٢٧٠/٢) .
(٢) الأم (٤٤/٢)، المجموع (٣٢٢/٥ - ٣٢٣) .
(٣) ومن التفريط أن يستطيع بعد حولها دفعها الى أهلها أو الى الوالى فيتأخر . راجع الأم (٤٤/٢) .
(٤) الأم (٤٤/٢) .
(٥) المنهاج ومغنى المحتاج (٤١٨/١)، وراجع المهذب (١٩٦/١) .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة[(١)] والظاهرية[(٢)] الى أن من وجبت عليه زكاة فعزلها ليدفعها الى مستحقها فضاعت لم تسقط عنه الزكاة ولاتبرأ ذمته الا بدفعها كدين الآدمي وذلك لأنه حق متعين على رب المال تلف قبل وصوله الى مستحقه فلزمه بدله قال الامام أحمد : " ولو دفع الى أحد زكاته خمسة دراهم فقبل أن يقبضها منه قال اشتر لى بها ثوبا أو طعاما فذهبت الدراهم أو اشترى بها ماقال فضاع منه فعليه أن يعطى مكانها لأنه لم يقبضها منه ولو قبضها منه ثم ردها اليه وقال اشتر لى بها فضاعت أو ضاع ما اشترى بها فلا ضمان عليه اذا لم يكن فرط "[(٣)] .

وقال ابن قدامة : " ولو عزل قدر الزكاة فنوى أنه زكاة فتلف فهو فى ضمان رب المال ولاتسقط الزكاة عنه بذلك سواء قدر على أن يدفعها اليه أو لم يقدر"[(٤)] .

وقال ابن حزم : " لو أخرج الزكاة وعزلها ليدفعها الى المصدق أو الى أهل الصدقات فضاعت الزكاة كلها أو بعضها فعليه اعادتها كلها ولابد ... ولأنه فى ذمته حتى يوصلها الى من أَمَرَهُ الله تعالى بايصالها اليه "[(٥)] .

هذا اذا تلفت عند صاحبها بعد عزلها لمستحقها وقبل دفعها ، لكن لو دفعها بعد وجوبها للامام أو السّاعِي ثم تلفت بيده فان الفقهاء من الحنفية[(٦)] والشافعية[(٧)] والحنابلة[(٨)] متفقون على أن ذمة الدافع الى الامام أو السّاعِي تبرأ لأن الامام نائب عنهم شرعا فبرىء بدفعها له كولى اليتيم اذا قبضها له .

---

(١) كشاف القناع (٣١٤/٢)، شرح منتهى الارادات (٤٢٣/١)، الانصاف (٢١٦/٣) ، المغنى (٥١١/٢)، مسائل الامام أحمد لابنه عبدالله (٥٢٨/٢) .

(٢) المحلى (٣٩٢/٥) .

(٣) المغنى (٥١١/٢) .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) المحلى (٣٩٢/٥) .

(٦) رد المحتار (٢٧٠/٢) .

(٧) روضة الطالبين (٣٣٩،٣١٧/٢)، المجموع (١٠١/٦) .

(٨) كشاف القناع (٣٠٢/٢ ـ ٣٠٣)، شرح منتهى الارادات (٤١٨/١ ـ ٤١٩) ، المغنى (٤٨٠،٤٧٦/٢) .

ثم ينظر فى حال الامام أو الساعى فان كان مفرطا ضمن للمساكين والا فلا ضمان عليه وهذا عند الشافعية والحنابلة . وأما الحنفية فتخريجا على قولهم بنفى الضمان فيما تلف فى يده من مال الزكاة المعجلة قبل الحول حيث قالوا : ان هلك فى يده لايلزمه الضمان لأن الضمان انما يجب على الانسان بفعله وفعله الأخذ وأنه مأذون فيه فلا يصلح سببا لوجوب الضمان والهلاك ليس من صنعه بل هو محض صنع الله تعالى .(1)

وبناء على ذلك نقول : اذا كان هذا الحكم فى تلف الزكاة المعجلة قبل الحول بيده من غير تفريط منه فمن باب أولى ماتلف بيده من غير تفريط بعد الحول . ومفهوم قولهم هذا أنه اذا فرط لزمه الضمان والله أعلم .

وبهذا التخريج يكون الحنفية مُتَّفِقِينَ مع الشافعية والحنابلة فى تضمينه اذا فرط وعدم تضمينه اذا لم يفرط .

أما لو تلفت الزكاة بعد وجوبها وعزلها فى يد الوكيل فقد نص الحنابلة(2) والشافعية(3) على أن يد الوكيل كيد موكله فلا تبرأ ذمة الموكل لعدم الايتاء المأمور به .

القول المختار :

التحقيق فى هذه المسألة أَنَّ تلف الزكاة المعزولة بعد وجوبها كتلف بعض المال الذى وجبت فيه الزكاة لأن الزكاة المعزولة بعض من المال الذى وجبت فيه الزكاة بناء على ذلك فالذى يظهر لى والله أعلم أن أعدل الأقوال هو قول الحنفية والشافعية الذين قالوا اذا تلفت الزكاة المعزولة لاتحسب عليه ولاتسقط الزكاة فى الباقى ويُزَكِّى بقسطه فى أظهر القولين عندهم هذا اذا لم يحصل منه تفريط فان فرط حسب عليه التالف

---

(1) بدائع الصنائع (٢/٩٢٠) .
(2) كشاف القناع (٢/٣١٤)، غاية المنتهى (١/٣٢٧) .
(3) روضة الطالبين (٢/٢١٦) .

وهذا ماظهر لى فى المسألة السابقة أيضا وقد ذكرت هناك مايؤيد ذلـــــك ولاوجه لتفريق المالكية بين المسألتين حيث اعتبروا عزل بعض المـــــال بنية الزكاة كدفعها الى مستحقها حتى لو تلف سقطت عنه لأن من لزمه دفـــع شىء لايبرأ منه الا بدفعه لابمجرد النية والا ضاعت الحقوق ٠

المطلب الثانى : فى تلف زكاة الفطر بعد وجوبها وعزلها ليخرجها

اذا عزل زكاة الفطر ليخرجها فتلفت فهل تسقط عنه أو لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) الى أن زكاة الفطر متعلقة بالذمة فلا يبرأ منها الا بأدائها الى مستحقها ٠

القول الثانى :

ذهب المالكية (٤) الى أن تَلَفَ زكاة الفطر مسقط لها وليس عليه بدلها جاء فى المدونة : " وقال ابن القاسم : من أخرج زكاة الفطر عند مَحِلِّهَا فضاعت رأيت أنه لاشىء عليه وزكاة الأموال وزكاة الفطر عندنا بهذه المنزلة اذا أخرجها عند مَحِلِّهَا فضاعت أنه لاشىء عليه ٠ قلت : أرأيت ان أَخْرَجْتُ زكاة الفطر لأؤديها فأهريقت أو تلفت أيكون على ضمانها أم لا فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : من أخرج زكاة ماله ليدفعها عند مَحِلِّهَا فذهبت منه فلا شىء عليه قال : وقال مالك : ومما يُبَيِّنُ لك ذلك أنه لاشىء عليه أنه لو لم يتهيأ له دفعها بعد ماأخرجها فرجع الى منزله فوجد ماله قد سرق لم يكن ليضع عنه اخراج ماأخرج من زكاته ليدفعها ٠ قال : قال

---

(١) بدائع الصنائع (٩٧٣/٢)، تبيين الحقائق (٣١١/١)، الدر المنتقى شرح الملتقى للحصكفى (٢٢٨/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٦١/٢)٠

(٢) الأم (٥٩/٢) ٠ أما اذا تلف المال كله فعند الشافعية وجهان أصحهما تسقط كزكاة المال والثانى لا لأن زكاة المال تتعلق بالعين بخلاف الفطرة وهذا فيما اذا وجبت وتلف المال قبل التمكن من أدائها أما اذا تلف المال بعد التمكن فيستقر عليه الضمان بلا خلاف لتقصيره وقياسا على زكاة المال ٠ راجع فى ذلك المجموع (٦٧/٥ - ٦٨) ٠

(٣) كشاف القناع (٢٩٤/٢)، الانصاف (١٧٧/٣)، المغنى (١٠٠/٣) ٠

(٤) المدونة (٣٥٩/١) ٠

مالك : فلذلك رأيت أن لاشيء عليه فى الذى أخرج اذا ضاعت . قال مالك هذا فى زكاة الأموال وزكاة الفطر عندى بهذه المنزلة اذا أخرجها عند محلها" .

وهذا عند المالكية اذا لم يفرط فان تلفت بتفريط منه فقال مالك : "ان كان انما أخرجها بعد ابانها وقد كان فرط فيها فأخرجها بعد ابانها فضاعت قبل أن يوصلها انه ضامن لها" .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من أن تلف زكاة الفطر بعد عزلها غير مسقط لها ويلزمه أن يدفع بدلها لأنها تلزمه فى ذمته فلا يبرأ منها الا بدفعها الى مستحقها . يقول الخطابى : " أن محل سائر الزكوات الأموال ومحل زكاة الفطر الرقاب " (١) .

ولأن الحكمة من مشروعيتها كما جاءت فى الحديث الذى رواه ابن عباس رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين " (٢) .

فمن لم يدفعها لم يحصل له التطهير إذ لَمْ يَحْصُلْ منه اطعام المساكين حقيقة ولم يحقق غرض الشارع منها .

---

(١) معالم السنن (٢٦٢/٢) .

(٢) رواه أبو داود (٢٦٢/٢) كتاب الزكاة باب (١٧)،وابن ماجه (٥٨٥/١) ، كتاب الزكاة باب (٢١)،والحاكم فى المستدرك (٤٠٩/١) وقال هذا حديث صحيح على شرط البخارى ووافقه الذهبى . والدارقطنى (١٣٨/٤) وقال ليس فيهم مجروح . وحسنه النووى راجع المجموع (٦٦/٦)،وراجع ارواء الغليل (٣٣٢/٣) .

المبحث الثالث

فى تلف الزكاة المخرجة قبل الحول

اذا أخرج صاحب المال زكاة ماله معجلة قبل الحول ثم تلفت بيد الامام أو الساعى فهل تجزيه أو عليه بدلها ؟

الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال[(١)] :

القول الأول :

المالكية[(٢)] والظاهرية[(٣)] يرون أنه لايجوز تعجيل الزكاة قبل حلولها فان أخرجها قبل الحول فتلفت فعليه اعادتها بعد الحول ان كان الباقى نصابا والا فلا زكاة عليه .

واستثنى المالكية ما اذا كان التقديم يسيرا كيوم أو يومين فقالوا : اذا كان التقديم يسيرا فضاع المال أو تلف فمقتضى المذهب أن التالف يجزيه عن الزكاة ولايضمنها لأنها زكاة وقعت موقعها حيث أن ذلك الوقت فى حكم وقت وجوبها[(٤)] .

واستثنوا كذلك ما اذا قدمها لتصل الى الأعدم عند الحول ولو لم يكن التقديم يسيرا فقالوا انها اذا تلفت والحالة هذه فيكفي ولايخرج عن الباقى لأنه مأمور بتقديمه .

---

(١) الحنفية لم أقف لهم على تفصيل فى المسألة سوى أنهم قالوا : لو تلفت الزكاة المعجلة فى يد الامام أو الساعى فليس عليه ضمانها لأن الضمان انما يجب على الانسان بفعله وفعله الأخذ وأنه مأذون فيه فلايصلح سببا لوجوب الضمان والهلاك ليس من صنعه بل هو محض صنع الله تعالى . راجع فى ذلك بدائع الصنائع (٩٢٢/٢) . وهذا جزء من مسألتنا وبقى الجزء الأهم وهو هل تقع عن المالك اذا تلفت بغير تفريط الامام هذا الذى لم أقف عليه لذا رأيت عدم ادراج الحنفية ضمن أقوال الفقهاء الى أن ييسر الله ، والله أعلم .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٠٢/١ - ٥٠٣)، جواهر الاكليل (١٤١/١)، منح الجليل (٣٧٨/١)، الكافى (٢٦٣/١) .

(٣) المحلى (١٢١/٦، ١٢٤) .

(٤) هناك قول آخر قال الدسوقى (٥٠٢/١) : " جزم به ابن رشد وهو ظاهر المصنّف أنها لاتجزيه " .

القول الثانى :

الحنابلة[1] يرون جواز تعجيل الزكاة اذا ملك النصاب بناء على ذلك :

اذا دفع صاحب المال زكاة ماله معجلة قبل الحول الى الامام أو الساعى فقد برئت ذمته سواء تلفت الزكاة فى يد الساعى أو الامام أولم تتلف صرفت فى محلها أو لم تصرف . فان تلفت فى يد الامام من غير تفريط فقد فاتت على الفقراء ولاضمان على الامام ولافرق فى ذلك بين أن يطلب المالك منه أخذها أو الفقراء أو لم يطلب منه ذلك أحد وأخذها بنفسه وذلك لأن للامام ولاية على الفقراء بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير اذنهم سلفا فلا يضمن اذا تلفت فى يده من غير تفريط كولى اليتيم اذا قبض ماله . أما اذا فرط فى حفظها فتلفت ضمنها للفقراء .

القول الثالث :

الشافعية[2] يرون جواز تعجيل الزكاة اذا ملك النصاب أيضا بناء على ذلك قالوا : اذا استسلف الامام المال ليحسبه عن زكاة المأخوذ منه عند تمام حوله فلا يخلو من أحوال :

(الأول) أن يأخذه بسؤال المساكين[3] :

فاذا تلف قبل تمام الحول بغير تفريط الامام فالأصح من الوجهين أنها تجزئه عن الزكاة .

والوجه الثانى : لاتجزئه فعلى هذا له تضمين المساكين فان لم يكن للمساكين مال صَرَفَ الامام اذا اجتمعت الزكوات عنده ذلك القدر الى قوم آخرين عن الذى تسلف منه .

---

(١) شرح منتهى الارادات (٤١٨/١،٤٢٣) ،كشاف القناع(٣٠٢/٢-٣٠٣،٣١٤)، المغنى (٤٧٦/٢،٤٨٠) ، الانصاف (٢١٥/٣) ،غاية المنتهى (٣٣١/١) ، المحرر (٢٢٥/١) ، المبدع (٤١٠/٢،٤١٩) .

(٢) روضة الطالبين (٢١٦/٢) ، المجموع (٨٦/٦،١٠٠ - ١٠١) ، المهذب (٢٢٥/١ - ٢٢٧) ، الأم (١٧/٢) .

(٣) قال النووى : " قال أصحابنا والمراد بالمساكين فى هذه المسائل أهل السهمان جميعا وليس المراد جميع آحاد الصنف بل سؤال طائفة منهم أو حاجتهم" . انظر المجموع (١٠٢/٦) .

ولافرق عند الشافعية فى هذه الحالة بين أن يكون المساكين متعينين أو لا.يقول النووى : "ثم المذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور أنه لافرق بين أن يكون المساكين متعينين أم لا فالحكم فى المسألة ماسبق" (١) .

(الثانية) أن يأخذه الامام بسؤال المالك :

فاذا تلف قبل الحول فانها لاتجزئ عن المالك وعليه دفع بدلها للمساكين سواء تلفت بتفريط الامام أو بغير تفريط كتلفها بيد الوكيل .

ثم ان تلفت بتفريط الامام فانه يضمنها للمالك والافلا ضمان على الامام ولا المساكين .

(الثالثة) ان يأخذه الامام بسؤال المالك والمساكين :

فعند الشافعية فى ذلك وجهان : قال النووى : "الأصح عند صاحب الشامل والأكثرين أنه من ضمان المساكين . والثانى من ضمان المالك" (٢) .

وكلا الوجهين يتخرجان على الحالة الأولى والثانية .

(الرابعة) أن يأخذه الامام بغير سؤال المالك ولا المساكين لما رأى من حاجتهم :

فاذا تلف فى يده قبل الحول فلا تجزئ المالك وعليه أن يخرج بدلها وله على الامام الضمان فيضمن الامام له ماتلف فى مال نفسه سواء تلف بتفريطه أو بغير تفريطه وليس كولى اليتيم الذى يأخذ له فيما لاصلاح له الا به لأن أهل السهمان قد يكونون أهل رشد مثله ،وأرشد أو لايكونون أهل رشد ويكون لهم ولاة دونه .

الترجيح :

تعجيل الزكاة قبل حلولها اذا بلغ المال نصابا وردت به الأحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم فمنها :

---

(١) المجموع (١٠١/٦) .

(٢) المرجع نفسه .

(١) ماروراه أبو داود[(١)] عن علي - رضى الله عنه ، أن العباس سأل النبي صلى الله عليه وسلم فى تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له فى ذلك (قال مَرَّه فأذن له فى ذلك) .

(٢) ماروراه الترمذى[(٢)] باسناده عن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر انا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعام" .

فهذان الحديثان صريحان فى جواز التعجيل والحديث الأول قال النووى عنه اسناده حسن[(٣)] . وقال الترمذى أَصَحُّ عندى من الحديث الثانى[(٤)] .

وقد رُوِيَ الأول مرسلا عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال عنده أبو داود[(٥)] : " رَوَى هذا الحديث هُشَيْم عن منصور بن زاذان عن الحكم عن الحسن بن مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم ،وحديث هشيم أصح " .

---

(١) (٢٧٥/٢ - ٢٧٦) كتاب الزكاة باب (٢١) . والترمذى (٥٤/٣) كتاب الزكاة باب (٣٧) كلاهما من طريق سعيد بن منصور حدثنا اسماعيل بن زكريا عن الحجاج بن دينار عن الحكم بن عتيبة عن حجيه بن عدى عن على ... ورواه ابن ماجه (٥٧٢/١) كتاب الزكاة باب (٧) بهذا الاسناد قال ابن قدامة : "قال يعقوب بن شيبة هو أثبتها اسنادا" .المغنى (٤٧١/٢) ،وقال الألبانى حسن انظر ارواء الغليل (٣٤٧/٣) .

(٢) (٥٤/٣) كتاب الزكاة باب (٣٧) قال المحقق فؤاد عبدالباقى :"لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب الستة سوى الترمذى . قال الترمذى لا أعرف حديث تعجيل الزكاة من حديث اسرائيل عن الحجاج بن دينار الامن هذا الوجه" . قال الامام الشافعى : " وقد يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولاندرى أيثبت أم لا أن النبى صلى الله عليه وسلم تسلف صدقة مال العباس قبل أن تحل" . انظر الأم (١٨/٢) . قال النووى : " قال البيهقى يعنى به حديث على هذا ،وذكر البيهقى اختلاف طرقه ثم قال وأصحها رواية الارسال عن الحسن بن مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم روى البيهقى تسلف صدقة عامين باسناده عن أبى البخترى عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " انا كنا احتجنا فاستسلفنا العباس صدقة عامين" قال البيهقى وهذا مرسل بين ابى البخترى وعلى رضى الله عنه . انظر المجموع (٨٦/٦) وراجع التلخيص الحبير (١٧١/٢) ومابعدها .

(٣) المجموع (٨٦/٦) .

(٤) سنن الترمذى (٥٥/٣) .

(٥) سنن أبى داود (٢٧٦/٢) .

وقال الترمذى : " وقد رُوِيَ هذا الحديث عن الحكم بن عتيبة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا " (١) .

وقال الدارقطنى : " اختلفوا عن الحكم فى اسناده والصحيح عن الحسن بن مسلم مرسل " (٢) .

يقول النووى (٣) : "اذا عرفت هذا حصل الاستدلال على جواز التعجيل من مجموع ماذكرنا وقد قدمنا فى أول هذا الشرح أن الشافعى يحتج بالحديث المرسل اذا اعتضد بأحد أربعة أمور وهى أن يسند من جهة أخرى ،أو يرسل، أو يقول بعض الصحابة، أو أكثر العلماء به ،فمتى وجد واحد من هذه الأربعة جاز الاحتجاج به ،وقد وجد فى هذا الحديث المذكور عن على رضى الله عنه من الأمور الأربعة فانه رُوِيَ فى الصحيحين معناه من حديث أبى هريرة السابق (٤) ورُوِيَ هو أيضا مرسلا ومتصلا كما سبق وقال به من الصحابة ابن عمر (٥) وقال به أكثر العلماء كما نقله الترمذى (٦) فحصلت الدلائل المتظاهرة على صحة الاحتجاج به والله أعلم" .

اذا صحت تلك الأحاديث فالذى أراه - والله أعلم - رجحان قول من قال : انه يجوز تعجيل الزكاة وبناء عليه فالذى يظهر لى أن يد الامام أو الساعى مثل يد الفقير فمتى قبضها الامام أجزأت عن الذى دفعها وبرئت بها ذمته لأنه أقبضها مستحقها أو من يقوم مقامه فى الوقت الذى أذن له الشارع فيه بالأداء وهذا القول هو ماذهب اليه الحنابلة والله أعلم .

---

(١) سنن الترمذى (٣/٥٥) .
(٢) سنن الدارقطنى (٢/١٢٤) .
(٣) المجموع (٦/٨٧) .
(٤) يريد ماأشار اليه من حديث أبى هريرة قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر رضى الله عنه على الصدقة ..الحديث أخرجه مسلم (٢/٦٧٦) كتاب الزكاة باب (٣) . وأبو داود (٢/٢٧٣) كتاب الزكاة باب (٢١) وليس فيه دلالة صريحة على قولهم .
(٥) يشير الى مارواه ابن عمر رضى الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس الى الصلاة قال : وكان ابن عمر يؤديها قبل ذلك باليوم واليومين . أخرجه أبو داود (٢/٢٦٣) كتاب الزكاة باب (١٨) .
(٦) راجع سنن الترمذى (٣/٥٥) .

الفصل الثانى

التلف والاتلاف فى الهدى والأضحية

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف هدى التطوع واتلافه

لاخلاف بين العلماء فى أنه يستحب لمن قصد مكة حاجا أو معتمرا أن يهدى اليها من بهيمة الأنعام تقربا الى الله تعالى ،وهذا مايسمى عند الفقهاء هدى التطوع ،جاء فى المدونة[١] : "قلت لابن القاسم أى هدى عند مالك ليس بمضمون قال التطوع وحده . قلت فصف لنا التطوع فى قول مالك قال : كل هدى ساقه الرجل ليس لشىء وجب عليه من جزاء أو فدية أو فساد حج أو فوات حج أو شىء تركه من أمر الحج أو تلذذ به من أهله فى الحج أو فى غير ذلك أو لمتعة أو قران ولكنه ساق لغير شىء وجب عليه أو يجب عليه فى المستقبل وهذا تطوع" .

ولم أقف على خلاف ذلك فى وصف التطوع الاماذهب اليه ابن حزم الظاهرى من اعتبار هدى القران هدى تطوع وليس بواجب لأن وجوبه عند غيره من الفقهاء ثبت بطريق القياس على دم المتعة وابن حزم لايقول بالقياس أبدا . بناء على ذلك فقد حصر هدى التطوع فى ثلاثة أشياء فقال : " والتطوع ثلاثة أهداء لارابع لها : من ساق هديا فى قران أو فى عمرة وهو لايريد أن يحج من عامه ،أو أهدى وهو لايريد حجا ولاعمرة "[٢] .

---

(١) (٣٨٦/١) .

(٢) المحلى (٤٢٤/٧) .

ومما ينبغى التنبه اليه أن الشافعية (١) والحنابلة (٢) قد نصوا على أن مايهديه الناسك لايأخذ أحكام الهدى الا بتعيينه باللفظ بأن يقول هذا هدى أو بالفعل كأن يقلده أو يشعره ينوى بذلك اهداؤه . أما مجرد النية من غير أن يوجبه بلسانه أو باشعاره وتقليده فهذا لايأخذ أحكام الهدى فلا يلزمه امضاؤه ،وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء لأنه نوى الصدقة بشىء من ماله فأشبه مالو نوى الصدقة بدرهم الا اذا نحره قبل أن يفسخ النية فانه حينئذ يأخذ أحكام الهدى المقلد أو المشعر ،أو المعين باللفظ .

والكلام فى تلف هدى التطوع سوف نجعله ان شاء الله فى مطلبين :

---

(١) روضة الطالبين (٣/٢٠٨)، المجموع (٨/٢٦٣) .

(٢) الانصاف (٤/٨٨ - ٨٩) غاية المنتهى (١/٤٥٦)، المغنى (٣/٤٦١)، الروض الندى (ص ١٩٥)، المحرر (١/٢٤٩) وقد اقتصر على التعيين بالقول فقال : " ولاتتعين الا بالقول فيقول : هذه أضحية أو هدى " .

المطلب الأول : تلف هدى التطوع واتلافه فى الطريق قبل أن يصل الى الحرم

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) فى أن من ساق هدى تطوع فتلف فى الطريق قبل بلوغه الحرم بغير تعد منه أو تفريط فى حفظه أنه لايلزمه بدله لأنه بتعيينه هدى تطوع أصبح واجبا معينا فى عين البهيمة المعينة دون ذمة صاحبها فاذا تلفت سقط الواجب •

هذا اذا تلف الهدى حتف أنفه أما اذا أتلفه صاحبه أو أجنبى فعليه الضمان وهو البدل للفقراء •

واستثنى الفقهاء حالة واحدة وهى : ما اذا عطب الهدى وخاف عليه ان تركه بغير ذبح أن يموت فانه يلزمه نحره فان تراخى حتى مات اعتبر مفرطا ولزمه الضمان •

استدل الفقهاء على قولهم هذا بما يأتى :

(١) ماروى الامام مسلم (٦) عن أبى التيّاح الضُّبَعي حَدَّثَنِي موسى بن سلمه

---

(١) المبسوط (١٤٥/٤)،بدائع الصنائع (١٣١٨/٣)،الهداية وشرح فتح القدير (١٦٦/٣ - ١٦٧)،تبيين الحقائق (٨٩/٢)،الدر المختار ورد المحتار عليه (٦١٧/٢) •

(٢) المدونة (٣٩١/١)،الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١ - ٣٥٠)،المنتقى (٣١٦/٢) ومابعدها،حاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد (٥٠٩/١) ، جواهر الاكليل (٢٠٤/١)،منح الجليل (٥٥٣/١)،حاشية الدسوقى (٩٠/٢) ، الفواكه الدوانى (٤٤٧/١) •

(٣) الأم (١٨٣/٢)،المهذب (٣١٥/١ - ٣١٦)،شرح صحيح مسلم للنووى (٧٧/٩) ، المجموع (٢٦٩/٨ - ٢٧٠،٣٦٧)،شرح السنة (١٩٣/٧) •

(٤) المغنى (٤٦٢/٣)،الانصاف (٩٧/٤)،المبدع (٢٩١/٣)،كشاف القناع (١٢/٣ - ١٣)،شرح منتهى الارادات (٨٣/٢) •

(٥) المحلى (٤٢١/٧) •

(٦) (٩٦٢/٢) كتاب الحج باب (٦٦) •

الهذلي قال انطلقت أنا وسفيان بن سلمه معتمرين قال وانطلق سنان معه ببدنة يسوقها فأزحفت[1] عليه بالطريق فعَيِيَ بشأنها ان هي أُبدِعَتْ[2] كيف يأتي بها فقال لئن قدمت البلد لأستحفين[3] عن ذلك قال فأضحيت فلما نزلنا البطحاء قال انْطَلِقْ الى ابن عباس نتحدث اليه قال فذكر له شأن بدنته فقال على الخبير سقطت . بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بست عشرة بدنة مع رجل وأمَّرَهُ فيها قال فمضى ثم رجع فقال يارسول الله كيف أصنع بما أُبْدِعَ على منها قال انحرها ثم اصبغ نعليها في دمها ثم اجعله على صفحتها ولاتأكل منها أنت ولاأحد من أهل رفقتك " .

(٢) ماروا الامام مالك[4] عن هشام بن عروة عن أبيه أن صاحب هدى

---

(١) جاء في مشارق الأنوار (٣٤٦/٢) : فأزحف الجمل أي أعيا يقال : زحف وأزحف . وقال (ص ٣٦٠) : قوله "فأزحفت عليه في الطريق يعني بدنته بفتح الهمزة وسكون الزاى وفتح الحاء المهملة والفاء كذلك رويناه وهو صحيح قال الهروى معناه وقفت من الاعياء يقال أزحف البعير وأزحفه السير" . اهـ

وقال الخطابي : قوله : "أزحفت" معناه أعيا وَكَلَّ،يقال زحف البعير اذا جر فرسنه على الأرض من الاعياء وأزحفه السير اذا أجهده فبلغ هذه الحال . راجع معالم السنن (٣٦٨/٢)،غريب الحديث له (٤٠/٢) .

(٢) جاء في مشارق الأنوار (٢١٨/١):"أُبْدِعَتْ بضم الهمزة على مالم يُسَمَّ فاعله قال بعضهم هكذا استعملت العرب هذه اللفظة فيمن وقفت به راحلته" . وجاء في غريب الحديث للهروى (١٠/١) : " قال أبوعبيدة يقال للرجل اذا كلَّتْ ناقته أو عطبت وبقي منقطعا به قد أُبْدِعَ وقال الكسائي مثله وزاد فيه يقال أُبْدِعَتْ الركاب اذا كَلَّتْ أو عطبت وقال بعض الأعراب لايكون الابداع الا بِظَلْعٍ يقال أبدعت به راحلته اذا ظلعت قال أبو عبيدة وهذا ليس باختلاف وبعضه يشبه بعض " .

(٣) جاء في مشارق الأنوار (٨٦/٢) : لأستحفين عن ذلك أي لأكثرن السؤال عنه يقال : أحفى في السؤال والاعتناء أي استقصى وبالغ في ذلك .

(٤) الموطأ (٣٨٠/١) كتاب الحج باب (٤٧) قال البغوى : هكذا رواه مالك مرسلا . راجع شرح السنة (١٩٢/٧) .

وقد رواه موصولا عبدة بن سليمان عن هشام بن عروة عن أبيه عن ناجية الخزاعي . الامام أحمد في المسند (٣٣٤/٤)،وأبو داود (٣٦٨/٢) كتاب المناسك باب (١٩)،والترمذى (٢٢٤/٣)،كتاب الحج باب (٧١) وقال حديث ناجية حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم. وابن ماجه (١٠٣٦/٢) كتاب المناسك باب (١٠١)،والحاكم في المستدرك (٤٤٧/١) وقال : صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم كيف أصنع بما عطب من الهدى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : انحرها ثم ألق قلادتها فى دمها ثم خل بين الناس وبينها يأكلون " .

فمن هذين الحديثين أخذ الفقهاء أنه لايجوز لصاحب الهدى اذا عطب فى الطريق فنحره أن يأكل منه وكذلك من وكَلَهُ ولايطعم منه غنيا ولاخلاف بينهم فى ذلك .

أما رفقته فقد ذهب جمهور الفقهاء الى منعهم من الأكل لأنهم يتهمون فى تعطيبه قال البغوى : " وانما لم يحل لأهل رفقته خوفا من أن ينحره واحدا منهم اذا قَرِمَ الى اللحم ويَعْتَلَّ بعلة العطب " .(١)

وذهب بعض العلماء الى أنه اذا نحره خلى بينه وبين الناس(٢) ليأكلوه ولايأمر أحدا بالأكل منه واستدلوا بالحديث السابق الذى رواه الامام مالك عن هشام بن عروة فقالوا يدخل فى عموم قوله : " وخل بينه وبين الناس" رفقته وغيرهم .

وقد نوقش ذلك بأنه قد ورد الحديث الصحيح عن ابن عباس بمنع رفقته من الأكل منه وهو حديث صحيح متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم ماخالفه . ولاتصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس لأن الانسان يشفق على رفقته ويحب التوسعة عليهم وربما وسع عليهم من مؤنته .

---

(١) شرح السنة (١٩٣/٧) وراجع اعلام الموقعين (١٤٥/٣) .
(٢) المغنى (٤٦٣/٣) . وقد نَسَبَ هذا القول الى المالكية ولكنى وجدت مايخالف ذلك فى كتبهم فقد جاء فى شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك (٢٢٧/٢) : "ثم خل بينها وبين الناس يأكلونها" زاد فى مسلم وغيره فى حديث ابن عباس ولاتأكل منها أنت ولاأهل رفقتك قال المازرى قيل نهاه عن ذلك حماية أن يتساهل فينحره قبل أوانه وقال القرطبى لأنه لو لم يمنعهم أمكن أن يبادر بنحره قبل أوانه وهو من المواضع التى وقعت فى الشرع وحملها مالك على سد الذرائع وهو أصل عظيم لم يظفر به غير مالك لدقة نظره . قال عياض : فما عطب من هدى التطوع لايأكل منه صاحبه ولاسائقه ولارفقته لنص الحديث وبه قال مالك والجمهور" .

وذهب الحنفية الى أنه يتصدق به على الفقراء ولايتركه للسباع جاء فى المبسوط :[1] "فاذا لم تبلغ محلها لايباح له التناول منها ولا أن يطعم غنيا بل يتصدق بها على الفقراء لأنه قصد بها التقرب الى الله تعالى فاذا فات معنى التقرب الى الله تعالى باراقة الدم يتعين التقرب الى الله تعالى بالتصدق وذلك بالصرف الى الفقراء دون الأغنياء فان أعطى من ذلك غنيا ضمن قيمته" .

وجاء فى بدائع الصنائع :[2] " وكل دم يجوز له أن يأكل منه لايجب عليه التصدق بلحمه بعد الذبح لأنه لو وجب عليه التصدق به لما جاز أكله لما فيه من ابطال حق الفقراء ،وكل مالايجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح لأنه اذا لم يجز له أكله ولاالتصدق به يؤدى الى اضاعة المال" .

وقد أجاب النووى عن ذلك بقوله : " قلنا ليس فيه اضاعة بل العادة الغالبة أن سكان البوادى وغيرهم يتبعون منازل الحج لالتقاط ساقطة ونحوه وقد تأتى قافلة فى اثر قافلة والله أعلم"[3] .

واستدلوا أيضا بما روي عن عائشة أم المومنين رضى الله عنها قالت فى الهدى يعطب فى الطريق :"كلوا ولاتدعوه للكلاب والسباع "[4] .

والذي أختاره هو الوقوف عند منطوق الحديث وعدم مخالفة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد كائن من كان وقد ثبت فى الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر الرجل الذى أمَّره على هديه اذا عطب منها شئ فقال : " انحرها ثم اصبغ نعليها فى دمها ثم اجعله على صفحتها ولاتأكل منها أنت ولاأحد من أهل رفقتك"[5] وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر : " ثم خل بين الناس وبينها

---

(١) (١٤٥/٤) .

(٢) (١٣١٩/٣) وراجع (٢٨٥٩/٦) وشرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٧٧/٩ - ٧٨) .

(٤) المبسوط (١٤٥/٤)، المحلى (٤٢١/٧) .

(٥) سبق تخريجه (ص ٢٢٥)

يأكلونها" ،قال ابن حزم : " اذا تولى توزيعها لم يخل بين الناس وبينها"[1] . فوجب اذا الوقوف عند قول الرسول صلى الله عليه وسلم[2] .

والذى أختاره أيضا أنه لايأكل منها رفقته الأغنياء والفقراء على حد سواء لأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى أن يأكل منها الرفقة ولم يفرق بين الغنى والفقير وقد روى الامام أحمد عن سنان بن سلمة الهذلى عن أبيه وكان قد صحب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه بعث ببدنتين مع رجل قال ان عرض لهما فانحرهما واغمس النعل فى دمائها ثم اضرب بين صفحتيهما حتى يعلم أنهما بدنتان ،قال صفحتى كل واحدة منهما ولاتأكل منهما أنت ولاأحد من أهل رفقتك ودعهما لمن بعدكم"[3] .

ففى هذا الحديث تصريح بأنه لايجوز أن يأكل منها ولاأحد من أهل رفقته وانما يتركونها للقافلة التى بعدهم . والله أعلم

اذا تقرر ماذكرنا من أن هدى التطوع اذا عطب قبل وصوله للحرم فنحره صاحبه لايجوز له أن يأكل منه هو ولارفقته ولاوكيله ويلزمه أن يخلى بينه وبين الناس فلا يأمر أحدا بالأكل ولايطعم غنيا أو فقيرا.

اذا تقرر ذلك فماذا عليه لو خالف فأكل أو أطعم من الهدى العاطب للفقهاء فى ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية والشافعية الى أنه يضمن قيمة ما أكل . جاء فى

---

(١) سبق تخريجه .(ص٢٢٦-٢٢٧)

(٢) المحلى (٤٢٣/٧) .

(٣) الفتح الربانى فى ترتيب مسند الامام أحمد (٤٩/١٣) وقال : " وفيه عبدالكريم بن أبى المخارق وهو ضعيف وأحاديث الباب تعضده" .وقال الهيثمى : " رواه أحمد والطبرانى فى الكبير وفيه عبدالكريم بن أبى المخارق وهو ضعيف " . انظر مجمع الزوائد (٢٢٨/٣)،وقال ابن حجر : " عبدالكريم بن أبى المخارق ... ضعيف " . انظر التقريب (٥١٦/١) .

بدائع الصنائع[(١)] : "وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته فيتصدق بها لأنه تعلق بها حق الفقراء فبالاستهلاك تعدى على حقهم فيضمن قيمته ويتصدق بها لأنها بدل أصل مال واجب التصدق به " .

وجاء فى الأم[(٢)] : "فان أدرك ذكاته فترك أن يذكيه أو ذكاه فأكله أو أطعمه أغنياء أو باعه فعليه بدله وان أطعم بعضه أغنياء وبعضه مساكين أو أكل بعضه وخلى بين الناس وبين مابقى منه غرم قيمة ماأكل وما أطعم الأغنياء فيتصدق به على مساكين الحرم لايجزيه غير ذلك" .

القول الثانى :

ذهب الحنابلة والظاهرية الى أنه يضمن مثل ماأكل لحما لأنه مثلى جاء فى المغنى[(٣)] : "فان أكل منها أو باع أو أطعم غنيا أو رفقته ضمنه بمثله لحما" .

وجاء فى المحلى[(٤)] : "ولايحل له أن يأكل هو ولارفقاؤه منه شيئا فمن أكل منه أدى الى المساكين لحما مثل ما أكل " .

القول الثالث :

وهو المشهور[(٥)] عن الامام مالك أن من أكل منه شيئا ضمنه كله قال الباجى[(٦)] : "انما لزمه بدله ولم يلزمه بقدر ماأكل منه لأنه انما يغرم ماأكل هديا والهدى لايتبعض فمن لزمه بعضه لزمه جميعه ليصح كونه هديا" .

---

(١) (٣/١٣١٩) وراجع المبسوط (٤/١٤٥)،شرح فتح القدير (٣/١٦٢) .
(٢) (٢/١٨٣) .
(٣) (٣/٤٦٣) وراجع كشاف القناع (٣/١٢)، المبدع (٣/٢٩٢) .
(٤) (٧/٤٢١) .
(٥) حاشية الدسوقى (٢/٩١)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١/٣٥٠)،المدونة (١/٣٩١)،شرح الزرقانى (٢/٢٢٧) .
(٦) المنتقى (٢/٣١٧) .

وعند المالكية قول آخر اختاره ابن العربي[1] وقال ابن عبد البر[2] انه اختيار عبدالملك بن عبدالعزيز . وهو أن من أكل من هدى لايجوز له الأكل منه أنه لايبدل الا مقدار ماأكل ،قال الباجي[3] : "واذا قلنا عليه قدر ماأكل من أي شيء يكون ذلك ؟ رأيت لبعض أصحابنا أنه يريد لحما[4] والذي قال عبدالملك وابن الماجشون في كتاب محمد وابن حبيب عليه ثمن ماأكل طعاما يتصدق به" .

الترجيح :

الذي يظهر لي والله أعلم ،رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثاني وهم الحنابلة والظاهرية حيث قالوا : يضمن ماأكل من اللحم بمثله ويكون الضمان بقدر ماأكله خلافا لقول مالك أنه اذا أكل منه لقمة ضمنه كله وقد رد ابن حزم هذا القول فقال : "وقال مالك ان أكل منها شيء ضمن الهدى كله وهذا خطأ لأن الله تعالى قال وجزاء سيئة سيئة مثلها ومن الباطل المحال أن يأكل لقمة فيغرم عنها ناقة من أصلها وهذا عدوان لاشك فيه"[5] .

وضمان المتلف بمثله اذا أمكن أقرب الى النصوص والعدل ولامزيد على ماقاله العلامة ابن القيم رحمه الله فقد أحسن حيث قال : "فان الواجب ضمان المتلف بالمثل بحسب الامكان كما قال تعالى : " وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا"[6] .وقال :" فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ"[7]

---

(١) أحكام القرآن (١٢٩٢/٣) .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٣٤٩/١) .

(٣) المنتقى (٣١٩/٢) .

(٤) قال الونشريسي : " قال بعضهم الأصل قضاء مافي الذمة بمثله فان تعذر أو تعسر رجع الى القيمة وهذا أصل مذهب مالك في ضمان ماسوى المكيلات والموزونات والمعدودات بالقيمة أعني التعذر أو التعسر وتأول حديث القصعة" . انظر : ايضاح المسالك الى قواعد الامام مالك (ص ٣٢٦ - ٣٢٧) .

(٥) المحلى (٤٢٣/٧) .

(٦) الشورى : ٤٠

(٧) البقرة : ١٩٤

وقال : "وَالحُرُمَاتُ قِصَاص"(١) ،وقال : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَاعُوقِبْتُم بِه"(٢) وان كان مثل الحيوان والآنية والثياب من كل وجه متعذر فقد دار الأَمْرَيْنَ شيئين : الضمان بالدراهم المخالفة للمثل فى الجنس والصفة والمقصود والانتفاع وان ساوت المضمون فى المالية ،والضمان بالمثل بحسب الامكان المساوى لِلْمُتْلَفِ فى الجنس والصفة والمالية والمقصود والانتفاع ولاريب أن هذا أقرب الى النصوص والقياس والعدل ... وان كانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى فى المكيل والموزون فما كان أقرب الى المماثلة فهو أولى بالصواب ولاريب أن الجنس الى الجنس أقرب مماثلة من الجنس الى القيمة فهذا هو القياس وموجب النصوص"(٣) .

---

(١) البقرة : ١٩٤

(٢) النحل : ١٢٦

(٣) اعلام الموقعين (٢/٤٥) .

المطلب الثانى : فى تحقيق القول فى محل هدى التطوع

يطلق الفقهاء رحمهم الله فى كتبهم عبارة محل الهدى دون الاشارة الى المقصود بالمحل فكان لزاما على أن أقف على رأى كل مذهب وأتعرف على مقصوده بمحل الهدى وذلك لترتب بعض الأحكام على ذلك ومن أهمها استهلاك هدى التطوع بعد بلوغه محله بالأكل منه أو توزيعه وهو مانهى عنه قبل بلوغ المحل كما رأينا فى المسألة السابقة،[1] واتفق الفقهاء على استحبابه بعد بلوغ المحل لقوله تعالى : "والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر كذلك سخرناها لكم لعلكم تشكرون"[2] .

وفيما يلى نعرض نصوص الفقهاء التى وُقِفْتُ عليها واستنبطت منها مقصودهم بمحل الهدى :

أولا : مذهب الحنفية .

جاء فى الهداية : " ولايجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا فى يوم النحر قال العبد الضعيف وفى الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح لأن القربة فى التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر وفى أيام النحر أفضل لأن معنى القربة فى اراقة الدم فيها أظهر"[3] .

---

(١) المبسوط (١٤١/٤)،بدائع الصنائع (١٣١٩/٣)،(٢٨٥٩/٦)،التمهيد (١١٣/٢)،حاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد (٥٠٨/١)،الأم (١٨٣/٢) روضة الطالبين (٢٢٢/٣)،المغنى (٤٦٦/٣)،كشاف القناع (١٦/٣)،شرح منتهى الارادات (٨٦/٢) .

(٢) الحج : ٣٦

(٣) انظر الهداية مع شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

قال ابن الهمام : "قال شارح الكنز لادلالة للحديث ناجية على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها فى الطريق والكلام فيما اذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أولا ؟ اهـ وقد أوجدنا فى هدى التطوع اذا ذبح فى الطريق امتناع أكله منه وجواز بل استحبابه اذا بلغ محله" .

وقال : "والحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر"[1] .

وجاء فى المبسوط[2] : "فأما هدى التطوع فغير مختص بيوم النحر وانما عليه تبليغه محله بأن يذبحه فى الحرم وقد فعل" .

وجاء فى الدر المختار[3] : "ويتعين يوم النحر أى وقته وهو الأيام الثلاثة لذبح المتعة والقران فقط فلم يجز قبله" .

قال ابن عابدين[4] : "قوله فقط أى لايتعين غيرهما فيهما ومنه هدى التطوع اذا بلغ الحرم فلا يتقيد بزمان هو الصحيح وان كان ذبحه يوم النحر أفضل " .

فمن هذه النصوص للحنفية يتبين لنا أن مقصودهم بالمحل لهدى التطوع هو الحرم وبناء عليه اذا وصل هدى التطوع الى الحرم ثم عطب ونحره فقد بلغ محله عند الحنفية فيجوز له ماكان محرما عليه اذا عطب فنحره قبل وصوله الى الحرم فيأكل منه هو ورفقته ويهدى ويتصدق .

---

(١) شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

(٢) (١٤١/٤) . وراجع تبيين الحقائق (٩٠/٢) وقد ذكر أن دم التطوع مما يختص بالمكان دون الزمان فى رواية الأصل ،وراجع حاشية الشلبى عليه (٩٠/٢) .

(٣) الدر المختار مع حاشيته رد المحتار (٦١٦/٢) .وراجع مجمع الأنهر (٣١٠/١)،تبيين الحقائق (٩٠/٢) .

(٤) رد المحتار (٦١٦/٢)،وراجع الهداية مع شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .

ثانيا : مذهب المالكية .

يقول الباجى : " اذا عطب بموضع يجوز فيه نحره بلغ محله واذا عطب بمحل لايجوز فيه نحره فهو بمنزلة ماعطب قبل الوصول "(١) .

وقال : "من ساق بدنة تطوعا فعطبت . يريد امتنعت من الوصول الى(٢) محلها ومحلها موضع يجوز فيها نحرها وذلك مكة أو منى(٣) .. وقد رُوِيَ في المبسوط عن مالك عن عبد الملك فيمن بلغ بهديه مكة فعطب بها وهو يريد عرفة قال يجزيه قيل فمن تعمد ذلك قال يجزيه لأنه قد بلغ محله وقال مالك كل هدى بلغ مكة فعطب أو نحر بها مما جاء من الحل فهو مجزىء الا هدى المتعة " .

فهذا النص يبين المكان الذى يجوز فيه نحر الهدى ولم يتعرض للزمان وهو مشروط عندهم بيوم النحر فيلزم اذا تقييد هذا النص بالنصوص الواردة والتى تدل على عدم جواز ذبح الهدى قبل يوم النحر .

فقد جاء فى المدونة(٤) : "أرأيت ماكان من هدى ساقه رجل فنحره ليلة النحر قبل طلوع الفجر أيجزيه أم لا ؟ وكيف ان كان وجب عليه اذا نحره قبل طلوع الفجر فى قول مالك (يجزيه)(٥) أم لا ؟ وهل هدى المتعة فى هذا أوهدى القران كغيرهما من الهدايا فى قول مالك ؟

قال : قال مالك : الهدايا كلها اذا نحرها صاحبها قبل انفجار الصبح يوم النحر لم تجزه وان كان قد ساقها فى حجه فلا تجزئه ،وان هو قلد نسك الأذى فلا يجزئه أن ينحره الا بمنى بعد طلوع الفجر والسنة أن لاينحر حتى يرمى ولكن ان نحره بعد انفجار الصبح قبل أن يرمى أجزأه" .

---

(١) المنتقى (٣١٧/٢) .

(٢) المرجع نفسه (٣١٦/٢) .

(٣) يقول العدوى : " اعلم أن المحل هو منى ان وقف بها وكان فى أيام النحر أو مكة ان لم يقف بها أو خرجت أيام النحر" . انظر حاشية العدوى على شرح رسالة ابن أبى زيد (٥٠٦/١) .

(٤) (٤٨٧/١) .

(٥) ليست فى النص .

قال ابن عبد البر : " ولاينحر هدى التطوع قبل يوم النحر فان فعل لم يجزه عند مالك "[1] .

فلزم اذا تقييد الروايتين ببعضهما وجعل المكان والزمان متلازمين فلايجوز نحر هدى التطوع قبل الحرم ولو وافق يوم النحر ولايجوز نحره في الحرم قبل يوم النحر فيصير المحل عند المالكية فى نظرى هو المكان والزمان معا فاذا كان يوم النحر ووصل الحرم فقد بلغ محله وهذا اذا ساق هدى التطوع فى الحج أما فى غير الحج فمحله الحرم ،جاء فى مواهب الجليل[2] : " وقال الحفيد : قال مالك ان ذبح هدى التمتع والتطوع قبل فجر يوم النحر لم يجزه ... ومراده بالتطوع الذى ساقه ليذبحه فى حجه والله أعلم" .

ثالثا : مذهب الشافعية .

جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج[3] : ("ولايختص الذبح" للهدى المتقرب به "بزمن" لكنه يختص بالحرم ،بخلاف الضحايا فتختص بالعيد وأيام التشريق "قلت الصحيح اختصاصه بوقت الأضحية") .

وقال النووى أيضا[4] : "وأفضل بقعة لذبح المعتمر المروة وللحاج منى وكذا حكم ماساقا من هدى مكانا ووقته وقت الأضحية على الصحيح" قال الشربينى شارحا لذلك : " وكذا حكم ماساقا أى المعتمر والحاج من هدى نذر أو نفل مكانا فى الاختصاص والأفضلية ووقته أى ذبح هذا الهدى وقت الأضحية على الصحيح والله أعلم قياسا عليها" .

قال الرملى معلقا على قول النووى : " وظاهر كلام المصنف اختصاص مايسوقه المعتمر بوقت الأضحية وهو كذلك وان نوزع فيه"[5] .

---

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١) .
(٢) (٦٣/٣) .
(٣) (٥٠٤/١) .
(٤) المنهاج مع مغنى المحتاج (٥٣١/١) .
(٥) نهاية المحتاج (٣٦٠/٣) . وراجع مغنى المحتاج (٥٣١/١) .

قال الشبراملسى تعليقا على قول الرملى السابق :" وقضية تخصيص ذبح الهدى بوقت الأضحية ـ أنه لو أحرم بعمرة وساق هديا أو ساق الهدى الى مكة بلا احرام ـ وجوب تأخير ذبحه الى وقت الأضحية كان ساقه فى رجب مثلا . وهو قريب ظاهر ،ثم رأيت قوله : فظاهر كلام المصنف ..... الخ وهو صريح فى وجوب التأخير"(١) .

فمن هذه النصوص للشافعية يتبين لنا أن مقصودهم بمحل هدى التطوع هو زمان النحر والمكان وهو مكة فما بلغ مكة لم يبلغ محله حتى يذبح فيها فى يوم النحر . ومالم يبلغ مكة فلايذبح حتى يبلغها ولو كان فى يوم النحر . لأنه لاخلاف بين الشافعية فى أن كل الدماء تتعين فى الحرم الا دم الاحصار فحيث أحصر(٢) .

رابعا : مذهب الحنابلة .

جاء فى الاقناع وشرحه(٣) : "ووقت ابتداء ذبح أضحية وهدى نذر أو تطوع ودم متعة وقران يوم العيد بعد الصلاة أى صلاة العيد .. وان ذبح هديا أو أضحية قبل وقته لم يجزئه كالصلاة قبل الوقت " .

وجاء فى الاقناع(٤) : "وان عطب فى الطريق قبل محله أو فى الحرم هدى واجب أو تطوع ... لزمه نحره موضعه مجزئا وصبغ نعله التى فى عنقه فى دمه وضرب صفحته ليعرفه الفقراء فيأخذوه ويحرم عليه وعلى خاصة رفقته ولو كانوا فقراء الأكل منه مالم يبلغ محله" .

ففى النص الأول حدد وقت نحر هدى التطوع وهو يوم النحر وأنه لو نحره قبل يوم النحر من غير عذر عطب لم يجزئه .

وفى النَّصِّ الثانى صَرَّح بأن ماعطب فى الحرم يعتبر عاطبا قبل محله كما لو عطب فى الطريق الى مكة فلا يحل له الأكل منه حتى يبلغ محله وهو يوم النحر كما فى النص الأول ،والله أعلم .

---

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٣٦٠/٣) .

(٢) الأشباه والنظائر (ص ٤٤٨) .

(٣) كشاف القناع (٦/٣ ـ ٧) ،وراجع الانصاف (٤٤٥/٣) ، المحرر (٢٥٠/١) ،شرح المنتهى (٨٠/٢) ، الروض الندى (ص ١٩٥) .

(٤) كشاف القناع (١٢/٣) .

المبحث الثانى

فى تلف الهدى الواجب

يقصد الفقهاء بالهدى الواجب كل هدى ساقه الرجل لشئ وجب عليه اما بايجابه على نفسه كنذر المساكين أو بايجاب الشارع له عليه من هدى تمتع أو قران أوجزاء صيد أو فدية أو فساد حج أو فواته أو احصار أو لشئ تركه من أمر الحج وكان واجبا عليه أو تلذذ به من أهله فى الحج ٠

يقول ابن قدامة :[1] "والهدى الواجب بغير النذر قسمان منصوص عليه ومقيس على المنصوص ٠

فأما المنصوص عليه فأربعة اثنان على الترتيب والواجب فيهما ما استيسر من الهدى وأقله شاة أو سبع بدنه ٠

أحدهما : دم المتعة ،قال الله تعالى : " فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ "[2] ٠

الثانى : دم الاحصار : قال الله تعالى : " فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ "[3] ٠

والمخيران : أحدهما : فدية الأذى ،قال الله تعالى : " فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ "[4] ٠

الثانى : جزاء الصيد : وهو على التخيير أيضابقوله تعالى : " وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا "[5] ٠

---

(١) المغنى (٣/٤٦٧) بتصرف ٠
(٢) البقرة : ١٩٦
(٣) الآية السابقة ٠
(٤) الآية السابقة ٠
(٥) المائدة : ٩٥

القسم الثانى : ماليس بمنصوص عليه فيقاس على أشبه المنصوص عليه فيقاس على دم المتعة دم الفوات ويقاس عليه أيضا كل دم وجب لترك واجب كدم القران وترك الاحرام من الميقات والوقوف بعرفة الى الغروب والمبيت بمزدلفة والرمى والمبيت لليالى منى بها وطواف الوداع فالواجب فيه ما استيسر من الهدى .

ويقاس على فدية الأذى ماوجب بفعل محظور يترفه به كتقليم الأظافر واللبس والطيب وكل استمتاع من النساء يوجب شاة كالوطء فى العمرة أو فى الحج بعد رمى الجمرة فانه فى معنى فدية الأذى " .

هذه صفة الهدى الواجب عند عامة الفقهاء سوى ابن حزم الظاهرى فانه قد حصرها فى ستة أهداء فقط فقال : " فان كان الهدى عن واجب وهى ستة أهداء لاسابع لها : أما جزاء صيد واما هدى المتمتع واما هدى الاحصار واما نسك فدية الأذى واما هدى من نذر مشيا الى الكعبة فركب واما نذر هدى وهذا الهدى ينقسم قسمين : قسم بغير عينه - وقسم منذور بعينه"(١) .

وسوف نجعل الكلام فى تلف الهدى الواجب فى مطلبين :

---

(١) المحلى (٤٢٣/٧) .

المطلب الأول : تلف الهدى الواجب قبل بلوغه مَحِلّه

اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) على أن الهدى الواجب اذا عطب دون مَحِله فانه ينحره وعليه بدله، واستثنى الظاهرية المنذور بعينه فقالوا ينحره ويتركه ولايبدله لأنه خارج عن ماله لاحق له فيه الا أن يتعدى عليه فيهلكه فيضمنه بالوجه الذى نذره له لأنه اعتدى على حق غيره فعليه مثله .

وقد نص هؤلاء الفقهاء باستثناء المالكية على انه اذا نحره صنع به ماشاء من أكل أو بيع أو هبة أو صدقة ونحو ذلك فهو ملكه يتصرف فيه كيف شاء .جاء فى المبسوط (٦) : "واذا عطب الهدى فى الطريق نحره صاحبه فان كان واجبا فهو لصاحبه يصنع به ماشاء لأنه قصد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فاذا خرج من أن يكون صالحا لاسقاط الواجب به بقى الواجب فى ذمته كما كان وهذا ملكه فيصنع به ماشاء" .

وجاء فى المهذب (٧) : "فان هلك بتفريط أو بغير تفريط رجع الواجب الى مافى الذمة كما لو كان عليه دين فباع به عينا ثم هلكت العين قبل التسليم فان الدين يرجع الى الذمة" .

وجاء فى الأم (٨) : "وهدى واجب فذلك اذا عطب دون الحرم صنع به صاحبه ماشاء من بيع وهبة وامساك وعليه بدله بكل حال ولو تصدق به فى موضعه على مساكين كان عليه بدله لأنه قد خرج من أن يكون هديا حين عطب قبل أن يبلغ محله" .

---

(١) المبسوط (١٤٥/٤)، بدائع الصنائع (١٣١٨/٣)، تبيين الحقائق (٩١/٢) ، الهداية وشرح فتح القدير (١٦٦/٣ - ١٦٧) .

(٢) المدونة (٣٨٤/١)، المنتقى (٣١٦/٢ - ٣١٧)، الكافى (٣٤٩/١)، شرح رسالة ابن أبى زيد وحاشية العدوى عليها (٥٠٨/١ - ٥٠٩)، جواهر الاكليل (٢٠٤/١) .

(٣) الأم (١٨٣/٢)، المهذب (٣١٦/١)، المجموع (٢٧٧/٨) .

(٤) المغنى (٤٥٩/٣ - ٤٦٠)، كشاف القناع (١٣/٣)، شرح منتهى الارادات (٨٤/٢)، المحرر (٢٥٠/١) .

(٥) المحلى (٤٢٣/٧) ومابعدها .

(٦) (١٤٥/٤) . (٧) (٣١٦/١) . (٨) (١٨٣/٢) .

وجاء في المغني[1] : " ومن ساق هديا واجبا فعطب دون محله صنع به ماشاء وعليه مكانه " .

وقال : " واذا عطب هذا المعين أو تعيب عيبا يمنع الاجزاء لم يجز ذبحه عما في الذمة لأن عليه هديا سليما ولم يوجد وعليه مكانه ويرجع هذا الهدي الى ملكه فيصنع به ماشاء من أكل أو بيع أو هبة وصدقة وغير ذلك " .

وجاء في المحلى[2] : " فان عطب الواجب قبل بلوغه محله فعل به صاحبه ماشاء من بيع أو أكل أو هديه أو صدقة ويهدي ماوجب عليه ولابد ... وأما من منع من تَحَكّم المرء في هديه مالم يبلغ محله فمبطل بلا دليل " .

وخالف في ذلك المالكية بالنسبة لبيعه فانهم لم يجيزوا ذلك جاء في المدونة :"قال ابن القاسم : وقال مالك : كل هدى مضمون ان عطب فليأكل منه صاحبه وليطعم منه الأغنياء والفقراء ومن أحب ولايبيع من لحمه ولامن جلده ولامن جلاله ولامن خطمه ولامن قلائده شيئا وان أراد أن يستعين بذلك في ثمن بدله من الهدى فلا يفعل ولايبع منه شيئا"[3] .

لكن قول المالكية بعدم جواز البيع غير مُسَلَّم لقول ابن عباس رضي الله عنهما : " اذا أهديت هديا واجبا فعَطِبَ فانحره ثم كله ان شئت واهده ان شئت وبعه ان شئت وتقو به في هدى آخر"[4] .

قال ابن قدامة : " ولأنه متى كان له أن يأكل ويطعم الأغنياء فله أن يبيع لأنه ملكه"[5] .

---

(١) (٤٥٩/٣ - ٤٦٠) .

(٢) (٤٢٣/٧ - ٤٢٤) .

(٣) المدونة (٣٨٥/١) .

(٤) رواه ابن حزم في المحلى (٤٢١/٧) من طريق عبدالرزاق عن سفيان ومعمر كليهما عن عبدالكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس .

(٥) المغني (٤٦٠/٣) .

وقد ذكر الكاسانى الفرق بين الهدى الواجب وهدى التطوع حيث انه يجوز فى الهدى الواجب اذا عطب قبل محله أن يأكل منه ويطعم الأغنياء والفقراء ولايجوز ذلك فى هدى التطوع فقال : " والفرق بين الواجب والتطوع أنه اذا كان واجبا فالمقصود منه اسقاط الواجب فاذا انصرف من تلك الجهة كان له أن يفعل به ماشاء وعليه هدى آخر مكانه :لأن الأول لما لم يقع عن الواجب التحق بالعدم فبقى الواجب فى ذمته بخلاف التطوع" (١) .

وعَلّلَ ابن قدامه لزوم البدل عليه بقوله : "وعليه الهدى الذى كان واجبا فان وجوبه فى الذمة فلايبرأ منه الا بايصاله الى مستحقه بمنزلة من عليه دين فحمله الى مستحقه بقصد دفعه فتلف قبل أن يوصله اليه . الى أن قال : فان عَطِبَ أو سُرِقَ أو ضَلّ أو نحو ذلك لم يُجْزه وعاد الوجوب الى ذمته كما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلا فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين الى ذمته ولأن ذمته لم تبرأ من الواجب بتعيينه وانما تعلق الوجوب بمحل آخر فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهنا فانه يتعلق الحق بالضمان والرهن مع بقائه فى ذمة المدين فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن أو تلف الرهن بقى الحق فى الذمة بحاله وهذا كله لانعلم فيه خلافا" (٢) .

قلت ومما يؤيد ماذهب اليه جماهير الفقهاء من لزوم البدل مارواه الامام مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهما أنه قال : من أهدى بدنة ثم ضَلّتْ أو ماتت فانها ان كانت نذرا أبدلها وان كانت تطوعا فان شاء أبدلها وان شاء تركها" (٣) .

هذا اذا عطب الهدى الواجب قبل مَحِلّه . ومحله يختلف من مذهب لآخر ومن هدى واجب لآخر أيضا وسوف نوضح ذلك فيما يلى ان شاء الله تعالى .

---

(١) بدائع الصنائع (١٣١٨/٣) .

(٢) المغنى (٤٥٩/٣ - ٤٦٠) .

(٣) الموطأ (٣٨١/١) كتاب الحج باب (٤٧) ورُوِيَ مثله عن ابن شهاب أنه قال من أهدى بدنة جزاء أو نذرا أو هدى تمتع فأصيبت فى الطريق فعليه البدل .

أولا : المذهب الحنفى .

جاء فى كنز الدقائق وشرحه تبيين الحقائق[1] : "وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر فقط . لقوله تعالى : " فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق " ،وقضاء التفث والطواف يختص بأيام النحر فكذا الذبح ليكون الكلام مسرودا على نسق واحد ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر ..... قال رحمه الله : والكل بالحرم . أى كل دم يجب على الحاج يختص بالحرم ..... الى أن قال ثم اعلم أن الدماء على أربعة أوجه منه مايختص بالزمان والمكان وهو دم المتعة والقران ... ودم الاحصار عندهما ومنه مايختص بالمكان دون الزمان وهو دم الجنايات ودم الاحصار عنده ... ومنه مالايختص بالزمان ولابالمكان وهو دم النذور عندهما وعند أبى يوسف دم النذوريتعين بالمكان" .

قال الشلبى[2] : "قال الكرمانى فى مناسكه : ويجوز ذبح ماوجب من الدماء قبل يوم النحر وبعده بمكة ماخلا دم القران والمتعة وكذا هدى المحصر بالحج أيضا عندهما وعند أبى حنيفة يجوز وماسوى ذلك من التطوع وغيره يجزيه أن يذبحه قبل يوم النحر لأنه ليس من مناسك الاحرام فلايختص بوقت جبران بخلاف دم القران والمتعة لأنهما دم نسك " .

فمن هذين النصين يتبين لنا أن الحنفية يفرقون بين الدماء الواجبة على النحو التالى :

(أولا) دم المتعة والقران محلها هو يوم النحر والحرم فالزمان والمكان مثلا زمان فلو ذبحت قبل الحرم فقد ذبحت فى غير محلها ولو كان فى يوم النحر . وكذلك ان ذبحت قبل يوم النحر فقد ذبحت فى غيرمحلها ولو كان ذبحها فى الحرم .

---

(١) (٩٠/٢) وراجع المبسوط (١٤٣/٤)،مجمع الأنهر (٣١٠/١)،الهداية وشرح فتح القدير (١٦٢/٣ - ١٦٣)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٦١٦/٢).

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (٩٠/٢) .

فالمحل اذاً فى هدى المتعة والقران هو الحرم وفى يوم النحر لايجزىء قبله عنه الحنفية . ويلحق بهما دم الاحصار عند الصاحبين.

(ثانيا) بقية الاهداء الواجبة غير التمتع والقران، ويلحق بهما الاحصار عند الصاحبين محلها الحرم فاذا بلغت الحرم فنحرت فقد بلغت محلها عند الحنفية . واستثنى أبو حنيفة ومحمد دماء النذور فلا تختص بزمان أو مكان وخالفهما أبو يوسف وخصها بالحرم" .

ثانيا : مذهب المالكية .

جاء فى جواهر الاكليل[1] : "قال المازرى مذهبنا أن هدى التمتع انما يجب باحرام الحج وفى وقت جواز نحره ثلاثة أوجه فالصحيح والذى عليه الجمهور أنه يجوز نحره بعد الفراغ من العمرة وقبل الاحرام بالحج والثانى لايجوز حتى يحرم بالحج والثالث أنه يجوز بعد الاحرام بالعمرة".

وجاء فى حاشية الدسوقى[2] : "قال الأُبِّي فى شرح مسلم على أحاديث الاشتراك فى الهدى على قول الراوى وأمرنا اذا أحللنا أن نهدى مانصه عياض : فى الحديث حجة لمن يجوز نحر الهدى للتمتع بعد الاحلال بالعمرة وقبل الاحرام بالحج وهى احدى الروايتين عندنا والأخرى أنه لايجوز الا بعد الاحرام بالحج لأنه بذلك يصير متمتعا" .

فظاهر هذين النصين أن الصحيح من مذهب المالكية جواز نحر هدى التمتع قبل يوم النحر وذلك بعد الفراغ من العمرة وقبل الاحرام بالحج . لكن الشيخ الشنقيطى رحمه الله قد حَرَّرَ هذه المسألة تحريرا دقيقا وبين المذهب الصحيح فقال :"أما مذهب مالك فالتحقيق فيه : أن هدى التمتع والقران لايجب وجوبا تاما الا يوم النحر بعد رمى جمرة العقبة لأن ذبحه فى ذلك الوقت هو الذى فعله صلى الله عليه وسلم وقال "لتأخذوا عنى مناسككم" ولذا لو مات المتمتع يوم النحر،قبل رمى جمرة

---

(١) (١٧٣/١) .
(٢) (٣٠/٢) .

العقبة ،لايلزم اخراج هدى التمتع من تركته لأنه لم يتم وجوبه وهذا هو الصحيح المشهور فى مذهب مالك "[١] .

وقال : واعلم : أن قول من قال من المالكية : انه يجب باحرام الحج وأنه يجزىء قبله كما هو ظاهر قول خليل فى مختصره المالكى فى ترجمته مبينا لما به الفتوى : ودم التمتع يجب بإحرام الحج ،وأجزأ قبله ،قد اغتر به بعض من لاتحقيق عنده بالمذهب المالكى ،والتحقيق أن الوجوب عندهم برمى جمرة العقبة وبه جزم ابن رشد وابن العربى وصاحب الطراز وابن عرفة ....[٢] وقول من قال منهم : انه يجب باحرام الحج لايتفرع عليه من الأحكام شىء الا جواز اشعاره وتقليده وعليه فلو أشعره أو قلده قبل احرام الحج كان هدى تطوع فلا يجزىء عن هدى التمتع فلو قلده وأشعره بعد احرام الحج أجزأه لأنه قلده بعد وجوبه أى بعد انعقاد الوجوب فى الجملة وعن ابن القاسم أنه لو قلده وأشعره قبل احرام الحج ثم أخر ذبحه الى وقته أنه يجزئه عن هدى التمتع ،وعليه فالمراد بقول خليل : وأجزأ قبله . أى أجزأ الهدى الذى تقدم تقليده واشعاره على احرام الحج . هذا هو المعروف عند عامة علماء المالكية فمن ظن أن المجزىء هو نحره قبل احرام الحج أو بعده قبل وقت النحر فقد غلط غلطا فاحشا"[٣] .

قال : "والحاصل : أنه لايجوز ذبح دم التمتع والقران عند مالك وعامة أصحابه قبل يوم النحر وفيه قول ضعيف بجوازه بعد الوقوف بعرفة وهو لايعول عليه وأن قولهم أنه يجب باحرام الحج لافائدة فيه الا جواز اشعار الهدى وتقليده بعد احرام الحج لاشىء آخر . فما نقل عن عياض وغيره من المالكية مما يدل على جواز نحره قبل يوم النحر كله غلط إمَّا من تصحيف الاشعار والتقليد وجعل النحر بدل ذلك غلطا،واما من الغلط فى

---

(١) أضواء البيان (٥/٥٢٢) .
(٢) المصدر السابق (٥/٥٢٣) .
(٣) المصدر السابق (٥/٥٢٣ - ٥٢٤) .

فهم المراد عند علماء المالكية كما لايخفى على من عنده علم بالمذهب المالكى فاعرف التحقيق ،ولاتغتر بغيره" (١) .

قلت ماقرره الشيخ الشنقيطى رحمه الله يؤيده ماجاء فى المدونة (٢) "أرأيت ماكان من هدى ساقه رجل فنحره ليلة النحر قبل طلوع الفجر أيجزيه أم لا ؟ وكيف ان كان وجب عليه اذا نحره قبل طلوع الفجر فى قول مالك (يجزيه) أم لا ؟ وهل هدى المتعة فى هذا أو هدى القران كغيرهما من الهدايا أم لا فى قول مالك ؟

قال : قال مالك : الهدايا كلها اذا نحرها صاحبها قبل انفجار الصبح يوم النحر لم تجزه وان كان قد ساقها فى حجه فلا تجزئه ،وان هو قلد نسك الأذى فلا يجزىء أن ينحره الا بمنى بعد طلوع الفجر والسنة أن لاينحر حتى يرمى ولكن ان نحره بعد انفجار الصبح قبل أن يرمى أجزأه" .

قال الباجى : "وهذا الهدى عما دخل فى العبادة من النقص ولايجوز أن ينحره قبل يوم النحر" (٣) .

اذا تقرر ذلك . فان محل هدى التمتع والقران فى المعتمد عند المالكية هو يوم النحر فما ذبح قبل يوم النحر فلم يبلغ محله قال الحطاب : "قال القاضى عبدالوهاب فى المعونة (٤) : ولايجوز نحر هدى التمتع والقران قبل يوم النحر خلافا للشافعى لقوله تعالى : " وَلَاتَحْلِقُوا رُؤُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُ" (٥) . وقد ثبت أن الحلق لايجوز قبل يوم النحر فدل على أن الهدى لم يبلغ محله الا يوم النحر" .

هذا بالنسبة للهدى الواجب بالتمتع أو القران يكون محله يوم النحر أما الفدية وهى ماوجبت لفعل محظور فانها تجب بمجرد الفعل

---

(١) أضواء البيان (٥/٥٢٥ – ٥٢٦) .
(٢) (٤٨٧/١) .
(٣) المنتقى (٢/٢٢٩) .
(٤) مواهب الجليل (٣/٦٢) .
(٥) البقرة : ١٩٦

ومن افتدى قبل أن تجب عليه لم تجزه أما مكانها فله أن يذبحها حيث شاء ان اختار نسك شاة ،قال ابن عبدالبر : "والاختيار أن يأتي بالفدية حيث وجبت عليه" ،الاأن ينويه هديا فان مكانه منى بشروطها ومكة مع عدم الشروط[(١)] جاء في مختصر خليل : "والفدية فيما يترفه به أو يزيل أذى ... وهى نُسك شاة فأعلى/أو اطعام ستة مساكين لِكُلّ مدان كالكفارة أو صيام ثلاثة أيام ولو أيام منى ولم يختص بزمان أو مكان الاأن ينوى بالذبح الهدى فكحكمه"[(٢)] قال الأُبّي الأزهرى شارحا لعبارة خليل : "الاأن ينوى المفتدى بالذبح بكسر الذال أى المذبوح ومثله المنحور . الهدى أويقلد ويُشعِرَ مايُقَلَّدُ ويُشْعَرُ وان لم ينو الهدى كما يفيده المَوَّاق فيصير حكمه كحكمه أى الهدى فى أن محله منى ان وقف به فى عرفة ليلة العيد وساقه فى حج وبقيت أيام النحر والا فمحله مكة"[(٣)] .

قلت وهو ماعناه الامام مالك بقوله الآنف الذكر : " وان هو قلد نسك الأذى فلا يجزئه أن ينحره الا بمنى بعد طلوع الفجر"[(٤)] .

فالحاصل أن كل هدى لايجزىء نحره قبل يوم النحر عند المالكية وفدية الأذى ليست بهدى الا اذا نوى بها الهدى . قال الباجى بعد أن قرر أن محل ذبح هدى التمتع يوم النحر :" ولايلزم على هذا فدية الأذى لأنها ليست بهدى فان أهداها كان هذا حكمها والله أعلم "[(٥)] .

ثالثا : مذهب الشافعية .

اذا كان الهدى للتمتع أو القران فوقت استحباب ذبحه يوم النحر ووقت جوازه بعد الفراغ من العمرة وبعد الاحرام بالحج ولايتوقت بزمن كسائر دماء الجبران . الاأنهم قالوا لايجوز قبل الشروع فى العمرة بلا خلاف لأنه لم يوجد له سبب . ويجوز ذبحه بعد التحلل من العمرة وقبل

---

(١) الكافى (٣٣٨/١) .
(٢) مطبوع مع جواهر الاكليل (١٩١/١ - ١٩٢) .
(٣) انظر جواهر الاكليل (١٩٢/١) .
(٤) المدونة (٤٨٧/١) .
(٥) المنتقى (٢٣٠/٢) .

الاحرام بالحج على الأصح من القولين (١) ٠

أما قبل التحلل من العمرة فقد قال النووى (٢) : "فيه طريقان : أحدهما لايجوز قطعا وهو مقتضى كلام المصنف والكثيرين ونقله صاحب البيان عن أصحابنا العراقيين ونقل الماوردى اتفاق الأصحاب عليه ٠

والثانى : فيه وجهان : أصحهما لايجوز والثانى : يجوز لوجود بعض السبب " ٠

بناء على ذلك يكون محل هدى التمتع والقران عند الشافعية بعد أن يتحلل من العمرة فمن نحره قبل ذلك فقد نحره فى غير محله هذا بالنسبة للمتمتع أما القارن فلأن عمرته داخلة فى حجه فان محله بمكة ولايختص بزمن لأنه دم جبران وحكم الدماء الواجبة لفعل محظور أو ترك مأمور عند الشافعية لايختلف عن دم التمتع والقران فى أنه لايختص بزمان فيجوز نحرها قبل يوم النحر ٠ جاء فى المنهاج (٣) : "والدم الواجب بفعل حرام أو ترك واجب لايختص بزمان" قال الشربينى : " كدم الجبرانات وكدم التمتع والقران والحلق لايختص بزمان بل يفعل فى يوم النحر وغيره لأن الأصل عدم التخصيص ولم يرد مايخالفه ولكن يسن يوم النحر وأيام التشريق" ٠

فالحاصل أن الدماء الواجبة محلها الحرم عند الشافعية (٤) ولاتختص بزمان سوى دم التمتع فلا يحل نحره قبل التحلل من العمرة ٠

---

(١) المجموع (١٦٢/٧)، (٢٨٠/٨)، مغنى المحتاج (٥١٦/١) ٠

(٢) المجموع (١٦٢/٧) ٠

(٣) انظر فى ذلك مغنى المحتاج (٥٣٠/١)، وراجع نهاية المحتاج (٣٥٩/٣) ، المجموع (٤١٢/٧) ٠

(٤) راجع فى ذلك المنهاج وشرحه نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٣٥٩/٣) وقد استثنوا من هذا العموم دم الاحصار فانه يذبح فى موضع الحصر وراجع أيضا المجموع (٤١٢/٧ - ٤١٣)، الأشباه والنظائر (ص ٤٤٨) وقد جاء فيه : "قاعدة كل الدماء تتعين فى الحرم الا دم الاحصار فحيث أحصر" ٠

رابعا : مذهب الحنابلة ٠

يختص ذبح دم المتعة والقران بيوم النحر فلايجزئ قبله [(١)] ٠ أماماوجب بفعل محظور أو بترك واجب فوقته وقت فعل المحظور أو ترك الواجب فلايختص بزمن [(٢)] ٠

وجميع الدماء الواجبة محلها الحرم الا مايستثنى فلايجزئ ذبحها فى غير الحرم [(٣)] فتعين محل هدى التمتع والقران عند الحنابلة اذا الحرم ويوم النحر فالزمان والمكان اذا مثلا زمان فلو نحرها فى غير الحرم لاتجزئ ولو كان فى يوم النحر ٠ ولو نحرها فى الحرم قبل يوم النحر فلاتجزئ أيضا ٠

واستثنى الحنابلة الدم الواجب بفعل محظور فىالحل فلا يلزم تقييده بالمكان فله ذبحه وصرفه حيث وجد وفى الحرم أيضا جاء فى الاقناع :"وفدية الأذى واللبس ونحوها كطيب ودم المباشرة دون الفرج اذا لم ينزل وماوجب بفعل محظور خارج الحرم ولو لغير عذر غير جزاء صيد فله تفرقتها حيث وجد سببها وفى الحرم أيضا" [(٤)] ٠

خامسا : مذهب الظاهرية ٠

محل الهدى عند الظاهرية الحرم ولايختص بيوم النحر لكن لايجوز ذبح دم التمتع الا بعد أن يحرم بالحج ٠ قال ابن حزم [(٥)] :" لايجزئه أن يهدى الا بعد أن يحرم بالحج وأن له أن يذبحه أو ينحره متى شاء بعد ذلك ولايجزئه أن يهديه وينحره الا بمنى أو مكة ٠٠٠وأما ذبحه ونحره بعد ذلك فلأن هذا الهدى قد بين الله تعالى لنا أول وقت وجوبه ولم يحد آخر وقت وجوبه بحد وماكان هكذا فهو دين باق أبدا حتى يؤدى

---

(١) شرح منتهى الارادات (٨٠/٢ ـ ٨١)، الانصاف (٤٤٥/٣)، الروض الندى (ص ١٩٥)، المحرر (٢٥٠/١)، غاية المنتهى (٤٥٢/١) ٠

(٢) كشاف القناع (٦/٣ ـ ٧)، الانصاف (٥٣٣/٣)، المغنى (٤١٦/٣) ٠

(٣) كشاف القناع (٥٣٥/٢)، غاية المنتهى (٤١٣/١)، شرح منتهى الارادات (٣٩/٢)، المحرر (٢٥٠/١) ٠

(٤) كشاف القناع (٥٣٧/٢)، وراجع المحرر (٢٥٠/١) ٠

(٥) المحلى (٢١٣/٧ ـ ٢١٤) ٠

والأمر به ثابت حتى يؤدى ومن خصه بوقت محدود فقد قال على الله تعالى مالم يقله عز وجل وهذا عظيم جدا ٠

وقال أبو حنيفة ومالك :"لايجزىء هديه قبل يوم النحر ٠ وهذا قول لادليل على صحته بل هو دعوى بلا برهان وماكان هكذا فهو ساقط" ٠

وقال بعد أن ذكر الأدلة على أنه لايجزىء نحرها الا بمكة أو منى : "فصح أنه حيثما نحرت البُدْنَ والأهداء من فجاج مكة أو منى - وهو الحرم كله - فقد أصاب النّاحِر ٠ وأنه لايجوز نحر البُدْنَ والهدى فى غير الحرم الاماخصه آلنص من هدى المحصر ،وهدى التطوع اذا عطب قبل بلوغه مكة" [1] ٠

---

(١) المحلى (٢١٥/٧) ٠

المطلب الثاني : استهلاك الهدى الواجب بعد بلوغه محله

اذا تقرر ماذكرنا . وعرفنا محل الهدى عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فاذا بلغ الهدى الواجب محله فهل يجوز لصاحبه أن يأكل منه اختلف الفقهاء فى ذلك .

المذهب الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه يجوز له أن يأكل من دم المتعة والقران .

وقَصَرَ الحنفية والحنابلة الجواز على ذلك فقد جاء فى بدائع الصنائع (١) : "وجملة الكلام أن الدماء نوعان : نوع يجوز لصاحب الدم أن يأكل منه وهو دم المتعة والقران والأضحية وهدى التطوع اذا بلغ محله . ونوع لايجوز له أن يأكل منه وهو دم النذور والكفارات وهدى الاحصار وهدى التطوع اذا لم يبلغ محله لأن الدم فى النوع الأول دم شكر فكان نسكا فكان له أن يأكل منه ،ودم النذر دم صدقة وكذا دم الكفارة بمعناه لأنه وجب تكفيرا للذنب . وكذا دم الاحصار لوجود التحلل والخروج من الاحرام قبل أوانه" .

وجاء فى المنتهى : " ولايأكل من هدى واجب ولو بنذر أو تعيين غير دم متعة وقران" (٢) .

أما المالكية فقالوا بجواز الأكل من كل هدى واجب اذا بلغ محله الا ثلاثة أشياء فقد جاء فى المدونة (٣) : "قلت فان لم يعطب ولم يُستَحَقّ

---

(١) (١٣١٩/٣)،وراجع (٢٨٥٩/٦)،والمبسوط (١٤١/٤)، الهداية (١٦١/٣)،تبيين الحقائق (٨٩/٢) .

(٢) شرح منتهى الارادات (٨٦/٢)،وراجع المغنى (٤٦٥/٣)،غاية المنتهى (٤٥٤/١)، الانصاف (١٠٤/٤)، المحرر (٢٥١/١) .

(٣) (٣٨٤/١،٣٨٥)،وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٤٩/١)،شرح رسالة ابن أبى زيد وحاشية العدوى عليها (٥٠٨/١ - ٥٠٩)،جواهر الاكليل (٢٠٣/١)،منح الجليل (٥٥٣/١)، التمهيد (١١٣/٢) .

حتى نحره أيأكل منه فى قول مالك قال نعم يأكل منه قال : وقال مالك يأكل من الهدى كله الافدية الأذى وجزاء الصيد ومانذره للمساكين قال : وقال مالك يأكل من هديه الذى ساقه لفساد حجه أو لفوات حجه أو هدى تمتع أو تطوع ومن الهدى كله الاماسميت لك " .

وجاء فيها أيضا : " وقال مالك ومن الهدى المضمون ما ان عطب قبل أن يبلغ محله جاز له أن يأكل منه وهو ان بلغ محله لم يكن له أن يأكل منه فهوجزاء الصيد وفدية الأذى ونذر المساكين فهذا اذا عطب قبل أن يبلغ محله جاز له أن يأكل منه لأن عليه بدله واذا بلغ محله أجزأك عن الذى سقته له ولايجزئك ان أكلت منه ويصير عليك البدل اذا أكلت منه " .

قال ابن عبد البر (١) :"والأصل فى ذلك عند مالك وأصحابه أن كل مادخله الاطعام من الهدى والنسك لمن لم يجده فسبيله سبيل ماجعل للمساكين ولايجوز الأكل منه وماسوى ذلك يؤكل منه لأن الله قد أطلق الأكل من البدن وهى من شعائر الله فلايجب أن يمتنع من أكل شئ منها الا بدليل لامعارض له أو باجماع . وقد أجمعوا على اباحة الأكل من هدى التطوع اذا بلغ محله ولم يجعلوه رجوعا فيه فكذلك كل هدى الاما اجتمع عليه " .

واستدل الحنابلة والحنفية على جواز الأكل من هدى التمتع والقران : بما رواه البخارى (٢) فى صحيحه عن عَمْرَةَ بنت عبد الرحمن قالت سمعت عائشة رضى الله عنها تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس بقين من ذى القعدة لانرى الا الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى اذا طاف وسعى بين الصفا والمروة أن يَحِلّ قالت فَدُخِلَ علينا يوم النحر بلحم بقر فقالت:ماهذا قال: نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه " .

---

(١) التمهيد (١١٣/٢) .
(٢) (١٨٤/٢) كتاب الحج باب (١١٥) .

قال ابن قدامة : "إن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم تمتعن معه فى حجة الوداع وأدخلت عائشة الحج على العمرة فصارت قارنة ثم ذبح عنهن النبى صلى الله عليه وسلم البقرة فأكلن من لحومها قال أحمد قد أكل من البقرة أزواج النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة خاصة " (١) .

وقال الزيلعى : " وكان عليه الصلاة والسلام قارنا وكذا عائشة على ماذكره فى المنتقى فدل على جواز أكله" (٢) .

واستدلوا أيضا بما رواه مسلم (٣) فى صحيحه فى صفة حجة الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغَبَرَ وأشركه فى هديه ثم أمر مِنْ كُلّ بدنة ببضعة فجعلت فى قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها" .

المذهب الثانى :

ذهب الشافعية والظاهرية الى أنه لايجوز الأكل من الهدى الواجب ومن أكل منه شيئا ضمنه . يقول الامام الشافعى : " فكل ماكان أصله واجبا على انسان ليس له حبسه فلا يأكل منه شيئا وذلك مثل هدى الفساد والطيب وجزاء الصيد والنذور والمتعة وان أكل من الهدى الواجب تصدق بقيمة ما أكل منه" (٤) .

ويقول ابن حزم : " ولايحل له أن يأكل من شئ من الاهداء الواجبة اذا بلغت محلها فان أكل منها ضمن مثل ماأكل فقط " (٥) .

---

(١) المغنى (٤٦٦/٣) .
(٢) تبيين الحقائق (٨٩/٢) .
(٣) (٨٩٢/٢) كتاب الحج باب (١٩) ورواه أيضا أبو داود (٤٦٤/٢) كتاب المناسك باب (٥٧)،وابن ماجه (١٠٢٦/٢) كتاب المناسك باب (٨٤) .
(٤) الأم (١٨٤/٢)،وراجع روضة الطالبين (٢٢١/٣)،مغنى المحتاج (٥٣٠/١ - ٥٣١)،نهاية المحتاج (٣٥٩/٣) .
(٥) المحلى (٤٢٤/٧) .

الترجيـــح :

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهـــاء من جواز الأكل من هدى التمتع والقران وذلك لثبوت الحديث الصحيـــح الصريح فى ذلك من غير معارض . واذا أطلقنا الجواز فى ذلك فهـــو بمقابلة القول الثانى الذى يقول بعدم جواز الأكل من هدى التمتـــع والقران والا فان القائلين بالجواز قد اختلفوا فى وجوبه أو استحبابه .

يقول الشنقيطى رحمه الله : " وأعلم : انا حيث قلنا فى هـــذا المبحث يجوز الأكل فانا نعنى : الاذن فى الأكل الصادق بالاستحبـــاب وبالوجوب لما قدمنا من الخلاف فى وجوب الأكل والاطعام واستحبابهما "(١) .

أما غير دم التمتع والقران فقد قال الشنقيطى رحمه الله : " فلـــم يقم دليل يجب الرجوع اليه على الأكل منه ولايتحقق دخوله فى عمـــوم "فكلوا منها" لأنه لترك واجب أو فعل محظور،فهو بالكفارات أشبه وعـــدم الأكل منه أظهر وأحوط والعلم عند الله تعالى"(٢) .

قلت : قد روى البخارى(٣) فى صحيحه عن عبيد الله أخبرنى نافـــع عن ابن عمر رضى الله عنهما : " لايؤكل من جزاء الصيد والنذر ويؤكـــل مما سوى ذلك . وقال عطاء : يَأْكُلُ وَيُطْعِمُ من المتعة " .

قال ابن حجر :(٤) "وروى سعيد بن منصور من وجه آخر عن عطاء لايؤكـــل من جزاء الصيد ولامما يجعل للمساكين من النذر غير ذلك ولامن الفديـــة ويؤكل مما سوى ذلك " .

فهذه الآثار تشهد لما ذهب اليه الامام مالك من جواز الأكـــل من كل هدى واجب سوى جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى حيث انهـــا صريحة فى الدلالة على ذلك .

والذى أريد أن أخلص اليه فى هذه المسألة : أن من استهلك بالأكـــل مامنع من أكله فعليه ضمانه وهل يكون الضمان بالقيمة أو بالمثل ذكرنـــا

---

(١) أضواء البيان (٦٠٧/٥) .
(٢) المصدر السابق (٦٠٨/٥)
(٣) (١٨٧/٢) كتاب الحج باب (١٢٤) .
(٤) فتح البارئ (٣٢/٨) .

الخلاف فى ذلك فى المطلب السابق وهو تلف هدى التطوع قبل محله .

هذا كله فيما اذا بلغ الهدى الواجب محله فاستهلكه أو تلف بتعديه أو تفريطه فان عليه ضمانه بل قد نص الشافعية والحنابلة على أن من نحر هديه عند محله فمنع المساكين منه أو لم يُخَلِّ بين المساكين وبينه حتى أنتن فعليه الضمان .

يقول الامام الشافعى (١) : "ولو أن رجلا نحر هديه فمنع المساكين دفعه اليهم أو نحره بناحية ولم يُخَلِّ بين المساكين وبينه حتى ينتن كان عليه أن يبدله" .

وجاء فى روضة الطالبين (٢) : "لزمه قيمة اللحم ويتصدق بها ولايلزمه شراء أخرى لأنها حصلت اراقة الدم" .

وجاء فى المنتهى وشرحه (٣) : "وان منع الفقراء منه أى مما لايملك أكله حتى أنتن ضمن نقصه إن انْتُفِعَ به اذن فيغرم أرشه، والاينتفع به فانه يضمن قيمته كإعْدَامِه قال فى الانصاف ويتوجه أن يُضْمَنْ بمثله" .

لكن لو تلف بعد ذبحه بغير تعد منه أو تفريط كإن سُرِقَ أو غصب فهل يلزمه ضمانه أم لا ؟

الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

للحنفية (٤) والمالكية (٥) والحنابلة (٦) وهو أنه اذا نحره بعد بلوغه محله

---

(١) الأم (١٨٣/٢ - ١٨٤)، وراجع المجموع (٢٨٠/٨) .
(٢) (٢١٨/٣) .
(٣) (٨٨/٢) وراجع غاية المنتهى (٤٥٤/٢) .
(٤) بدائع الصنائع (١٢٦٣،١٣١٩/٣)، شرح فتح القدير (١٦٢/٣) .
(٥) حاشية الدسوقى (٩١/٢)، جواهر الاكليل (٢٠٤/١) .
(٦) شرح منتهى الارادات (٨٢/٢)، كشاف القناع (١٠/٣ - ١١)، الانصاف (٩٣/٤)، غاية المنتهى (٤٥٤/٢) .

فقد فرغ منه وخرج عن عهدته ووقع التعدى على محض حق المساكين ،قال ابن قدامة[١] : "ولنا أنه أدى الواجب عليه فبرئ منه كما لو فرقه . ودليل أنه أدى الواجب أنه لم يبق الا التفرقة وليست واجبة بدليل أنه لو خلى بينه وبين الفقراء أجزأه ولذلك لما نحر النبى صلى الله عليه وسلم البدنات قال : " من شاء اقتطع "[٢] " .

وهذا عند الحنابلة فى الهدى المعين عن واجب فى الذمة أما لو سُرِقَ المذبوح غير المعين بالقول أو بالاشعار والتقليد فانه يضمنه لعدم تمييزه عن ماله فيكون كبقية ماله .

القول الثانى :

للشافعية[٣] وهو أنه اذا ذبح الهدى الواجب فى الحرم فَسُرِقَ منه أو غُصِبَ قبل التفرقة لم يجزئه ثم هو مخير بين أن يذبح آخر وهو أولى أو يشترى بدله لحما ويتصدق به لأن الذبح قد وجد .

ودليلهم فى ذلك أن الدم متعلق بالذمة فلا يبرأ منه الا بدفعه الى مستحقه .

وماذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأقوى فى نظرى لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يفرق هديه حتى انتهى بل تركه مع احتمال سرقته وغصبه ،والله أعلم .

---

(١) المغنى (٤٦٠/٣) .
(٢) رواه أبو داود (٣٧٠/٢) كتاب المناسك باب (١٩) ،والامام أحمد فى المسند (٣٥٠/٤) .
(٣) نهاية المحتاج (٣٦٠/٣) ،مغنى المحتاج (٥٣١/١) .

المبحث الثالث

فى تلــف الأضحيـــة

المطلب الأول : فى ذبح الأضحيةقبل الوقت

لاخلاف بين الفقهاء رحمهم الله أن أول وقت ذبح الأضحية هو يوم عيد الأضحى فلاتجزئ قبل ذلك اليوم .

ولاخلاف بينهم أيضا أنها لاتجزئ قبل صلاة العيد ،غير أنهم اختلفوا هل ابتداء وقتها بعد صلاة العيد حقيقة أوحكما ،أو بعد صلاة العيد والذبح حكما على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

للحنفية[(١)] والحنابلة[(٢)] والظاهرية[(٣)] وهو أن الفراغ من صلاة العيد شرط لاجزاء الأضحية فمن ذبح قبل فراغ الصلاة حقيقة فلا تجزئ أضحيته وعليه الاعادة لأنه قد لزمته الصلاة فيلزمه الترتيب .

ولافرق فى ذلك عند الحنابلة والظاهرية بين أهل الأمصار وأهل القرى وأهل البوادى الا أنهم قالوا : من كان بمحل لاتقام فيه الصلاة فلابد أن يراعى قدر الصلاة فلا يذبح أضحيته قبل مضى مدة يمكن فيها انقضاء الصلاة فى أقرب مصر اليه تقام فيه صلاة العيد .

أما الحنفية فقالوا : هذا خاص بالأمصار أما أهل القرى فيجوز لهم أن يذبحوا ضحاياهم بعد انشقاق الفجر من يوم العيد لأنه لاصلاة عليهم .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٨٤٠/٦ - ٢٨٤١)، المبسوط (١٨/١٢ - ١٩)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣١٨/٦) .

(٢) شرح منتهى الارادات (٨٠/٢)،كشاف القناع (٧/٣)،غاية المنتهى (٤٥٢/١)، المغنى (٤٥٥/٩)، الروض الندى (ص ١٥٩) .

(٣) المحلى (٣٧/٨) .

القول الثانى :

للشافعية (١) : وهو أن وقت ذبح الأضحية المجزىء الفراغ من صلاة العيد حكما ،وهو طلوع شمس يوم النحر ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين فان ذبح قبل ذلك لم تكن أضحية .

القول الثالث :

للمالكية (٢) : وهو أن الوقت المجزىء لذبح الأضحية هو الفراغ من صلاة العيد وذبح الامام لأضحيته حقيقة أو حكما بحيث لو لم يذبح الامام فى المُصَلَّى تحرى مقدار ذبح الامام ثم ذبح فمن ذبح قبل الفراغ من الصلاة أو بعدها قبل ذبح الامام حقيقة أو حكما فعليه الاعادة (٣) .

استدل من قال من الفقهاء بأنها لاتجزىء قبل صلاة العيد بما رواه البخارى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " من ذبح قبل الصلاة فَلْيُعِدْ" .

وفى لفظ من طريق جندب بن سفيان البُجَلِي قال شهدت النبى صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال"من ذبح قبل أن يصلى فَلْيُعِدْ مكانها أخرى ومن لم يذبح فليذبح" .

---

(١) روضة الطالبين (١٩٩/٣) ، المهذب (٣١٧/٢) ، مغنى المحتاج (٢٨٧/٤) ، شرح النووى على صحيح مسلم (١١٠/١٣) ، معالم السنن (٢٣٤/٣) .

(٢) المدونة (٦٩/٢) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٠/٢) ، جواهر الاكليل (٢٢٠/١) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٦٦/١) ، الفواكه الدوانى (٤٤٣/١) ، شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (٥٠٤/١) ومابعدها ، المنتقى (٨٦/٣) .

(٣) اخْتَلَفَ قول المالكية هل المراد بالامام امام الطاعة أو امام الصلاة أى صلاة العيد على قولين قال الدردير الراجح الثانى ،وقال الدسوقى : " إنه على القول الأول يتعين امام الطاعة أو عامله على البلد ... ثم انه على ماقاله ابن رشد من أن المعتبر امام الصلاة فان كان واحدا فى البلد فالأمر ظاهر،وان تعدد فيعتبر كل واحد بالنسبة لأهل الناحية التى صلى فيها اماما" راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٠/٢) . قال المالكية ومحل الخلاف هل هو امام الطاعة أو امام الصلاة فيما اذا لم يخرج امام الطاعة بأضحيته الى المصلى فان خرج بها اعتبر هو قولا واحدا .

ومارواه أيضا عن البراء قال صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا فلا يذبح حتى ينصرف.فقام أبو بُرْدَه بن نِيَار فقال يارسول الله فعلت فقال هو شيء عجلته (١) . ولفظ مسلم (٢) " تلك شاة لحم".

واستدل المالكية (٣) بأنها لاتجوز الا بعد ذبح الامام بأن أبا بردة في الحديث الآنف الذكر ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أنيعيد بأضحية أخرى .

واستدلوا بما أخرجه مسلم (٤) من حديث جابر بن عبدالله أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم النحر بالمدينة فسبقهم رجال فنحروا وظنوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نحر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر ولاينحر حتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم " .

قال النووي عند هذا الحديث : " هذا مما يحتج به مالك في أنه لايجزىء الذبح الا بعد ذبح الامام ... والجمهور يتأولونه علىأن المراد زجرهم عن التعجيل الذى قد يؤدى الى فعلها قبل الوقت ولهذا جاء في باقي الأحاديث التقييد بالصلاة وأن من ضحى بعدها أجزأه ومن لا فلا (٥) " .

والذى يظهر لي رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء حيث قالوا من ذبح بعد صلاة العيد فهى أضحية مجزئة ومن ذبح قبلها فهى شاة لحم ذبحها لأهل بيته وذلك لورود الأحاديث الصحيحة الصريحة في هذا المعنى .

يقول ابن رشد الحفيد (٦) : "فيجب أن يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره أن من ذبح قبل صلاة العيد فليعد وذلك أن تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية أن الذبح بعد الصلاة

---

(١) البخاري (٢٣٨/٦) كتاب الضحايا باب (١٢) .
(٢) مسلم (١٥٥١/٣) كتاب الأضاحى باب (١) .
(٣) المنتقى (٨٦/٣) .
(٤) صحيح مسلم (١٥٥٥/٣) الأضاحى باب (٢) .
(٥) شرح صحيح مسلم (١١٨/٣) .
(٦) بداية المجتهد (٣٧٣/١) .

يجزىء لأنه لو كان هناك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه صلى الله عليه وسلم مع أن فرضه التبيين" .

بناء على ماتقدم : فمن ذبح الأضحية قبل وقتها فهل يلزمه بد لها أم لا ؟

الحنفية (١) يرون أن الأضحية واجبة على الغنى المقيم فمن ذبح أضحيته قبل الوقت وهو غنى مقيم لزمه بدلها ولابد لأنه ذبحها قبل دخول الوقت والوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا تبرأ ذمته من الواجب الا بأدائه فى وقته .

وذهب الظاهرية (٢) أيضا الى وجوب الاعادة عليه - مع أنهم يخالفون الحنفية فى وجوب الأضحية ويرون انها سنة - وذلك لورود الأحاديث الصحيحة الصريحة فى أن من ذبح قبل الصلاة فعليه الاعادة وقد سبق ذكرها فى الأدلة فأغنى عن اعادتها .

أما الحنابلة فظاهر قولهم وجوب الاعادة عليه جاء فى المغنى (٣) : "وان ذبح قبل ذلك لزمه البدل وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى" . ولأنها نسيكة واجبة ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالهدى اذا ذبحه قبل محله . ويجب أن يكون بدلها خيرا منها لأن ذبحها قبل محلها اتلاف لها" .

لكن ابن قدامة حمل قولهم بوجوب الاعادة على الأضحية الواجبة بنذر أو تعيين فقال : " وكلام الخرقى ومن أطلق من أصحابنا محمول على الأضحية الواجبة بنذر أو تعيين ،فان كانت غير واجبة بواحد من الأمرين فهى شاة لحم ولابَدَلَ عليه الاأن يشاء لأنه قصد التطوع فأفسده فلم يجب عليه بدله كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها الى غيرمستحقها والحديث يحمل على أحد أمرين اما الندب واما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليل ماذكرنا" (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٨١٤/٦)، المبسوط (٨/١٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣١٢/٦) ومابعدها ،تبيين الحقائق (٢/٦) .

(٢) المحلى (٣٧/٨) .

(٣) (٤٥٥/٩) .

(٤) نفس المصدر .

وماقاله ابن قدامة هو ظاهر مذهب الشافعية فانهم يفرقون بين أضحية التطوع والأضحية المنذورة أو المعينة فيقولون بوجوب الاعادة في الأضحية المنذورة أو المعينة اذا ذبحها قبل الوقت فقد جاء في روضة الطالبين : "اذا جعل شاته أضحية، أو نذر أن يضحى بمعينه ثم ذبحها قبل يوم النحر لزمه التصدق بلحمها ولايجوز له أكل شيء منه ويلزمه ذبح مثلها يوم النحر بدلا عنها"(1) بينما أضحية التطوع لايذكرون لزوم البدل على من ذبحها قبل الوقت بل يقولون لم تكن أضحية فقد جاء في روضة الطالبين أيضا : " فان ذبح قبل الوقت لم تكن أضحية ... وهذا كله في أضحية التطوع "(2) .

أما المالكية فظاهر كلامهم وجوب الاعادة ، جاء في الشرح الكبير(3) : "وأعاد أضحية لبطلانها سَابِقُهُ . أى سابِقُ الامام بالذبح في اليوم الأول وكذا مساويه ولو ختم بعده وكذا ان ابتدأ بعده ان ختم قبله أومعه لابعده فتجزىء" .

ولعل الاعادة سنة وليست واجبة عند المالكية وقد أشار الى ذلك الأُبِّي فقال : " وأعاد استنانا سابقه بالذبح في اليوم الأول ..."(4) .

ولم أقف على هذا القيد عند غيره فيما اطلعت عليه من كتب المالكية فكلهم يذكرون الاعادة من غير اشارة الى أنها واجبة أو سنة .

التـرجيـح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور العلماء من أن الأضحية سنة وليست واجبة كما ذهب اليه الحنفية لأن الحنفية قد استندوا على عمومات ليست صريحة في موضوع النزاع وكل دليل ليس بوارد في

---

(1) (٣/٢١٤) . وانظر المنهاج مع مغنى المحتاج (٤/٢٨٨) وقد جاء فيه : "ومن نذر معينة فقال لله على أن أضحى بهذه لزمه ذبحها في هذا الوقت فان تلفت قبله فلا شيء عليه وان أتلفها لزمه أن يشترى بقيمتها مثلها ويذبحها فيه" .

(2) (٣/٢٠٠) .

(3) (٢/١٢٠) .

(4) جواهر الاكليل (١/٢٢٠) .

الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف[(١)] . واستندوا أيضا على حديث وهو ان كان صريحا فى محل النزاع الا أنه ضعيف وهو مارواه أبو داود[(٢)] عن مخنف بن سليم قال : ونحن وقوف مع الرسول صلى الله عليه وسلم بعرفات قال : قال ياأيها الناس ان على كل أهل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة" .

واستدلوا : أيضا بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا"[(٣)] .

قال ابن حجر : "أخرجه ابن ماجه وأحمد ورجاله ثقات لكن اختلف فى رفعه ووقفه والموقوف أشبه بالصواب قاله الطحاوى وغيره . ومع ذلك فليس صريحا فى الايجاب"[(٤)] .

ومما يؤيد ماذهب اليه جمهور العلماء قول الصحابة وفعلهم حيث ترجم البخارى فى صحيحه باب سنة الأضحية[(٥)] وقال ابن عمر هى سنة ومعروف .

---

(١) بداية المجتهد (٣٦٧/١) .

(٢) (٢٢٦/٣) كتاب الضحايا باب (١)،والترمذى (٩٩/٤) كتاب الأضاحى باب (١٩) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ولانعرف هذا الحديث الامن هذا الوجه من حديث ابن عون . وابن ماجه (١٠٤٥/٢) كتاب الأضاحى باب (٢) .
قال ابن قدامة : "ضعفه أصحاب الحديث" . انظر المغنى (٤٣٦/٩).قال البغوى : " هذا حديث غريب ضعيف الاسناد للاتفاق على أن العتيرة غير واجبة" انظر شرح السنة (٣٥٠/٤)،وقال ابن القيم رحمه الله :" وقال عبدالحق : اسناد هذا الحديث ضعيف وقال ابن القطان يرويه حبيب بن مخنف وهو مجهول عن أبيه . وفيه أبو رمله عامر بن أبى رمله لايعرف الابه" . انظر تهذيب ابن القيم مع مختصر سنن أبى داود للمنذرى (٩٢/٤) . وقال الخطابى : قلت هذا الحديث ضعيف المخرج وأبورملة مجهول . انظر معالم السنن (٢٢٦/٣) .

(٣) رواه الامام أحمد (٣٢١/٢)،وابن ماجه (١٠٤٤/٢)،كتاب الأضاحى باب (٢) ورواه الحاكم فى المستدرك (٣٨٩/٢ - ٣٩٠) كتاب التفسير ،تفسير سورة الحج وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى.ورواه الدارقطنى (٢٧٧/٤،٢٨٥) وقد جاء فى التعليق المغنى للعظيم آبادى (٢٧٨/٤) "قال فى التنقيح : حديث ابن ماجه رجاله كلهم رجال الصحيح الاعبدالله بن عياش فانه من أفراد مسلم" . ورواه البيهقى فى السنن الكبرى (٢٦٠/٩) . وقال البوصيرى : " هذا اسناد فيه مقال عبدالله ابن عياش وان روى له مسلم فانما روى له فى المتابعات والشواهد فقد ضعفه أبو داود والنسائى وقال أبو حاتم صدوق وابن يونس منكر الحديث وذكره ابن حبان فى الثقات . انظر مصباح الزجاجة (٢٢٢/٣).

(٤) فتح البارى (٩٣/٢١) .

(٥) صحيح الامام البخارى (٢٣٤/٦) كتاب الأضاحى باب (١) .

وقد صح عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما أنهما كانا لايضحيان أحيانا خشية أن يظن وجوب الأضحية [1] .

هذا بالاضافة الى بعض الأحاديث الصحيحة والتى استنبط منها العلماء أن الأضحية مسنونة وليست واجبة وليس هذا محل استقصاء الأدلة فى هذه المسألة بل لولا أن المقام يستوجب ماذكرت لما أجزت لنفسى عرض هذه المسألة حيث أنها ليست محل البحث لكن ما أريد أن أصل اليه قد حصل ولله الحمد وهو رجحان ماذهب اليه جمهور العلماء من أن الأضحية سنة وليست واجبة وبناء عليه :

فان من ذبح قبل صلاة العيد من يوم النحر فلا تقع أضحية عنه وانما هى شاة لحم قدمها الى أهله لكن هل يجب عليه البدل أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين ،ومنشأ ذلك اختلافهم فى كون الأضحية واجبة أم مسنونة ،والذى أراه أنه اذا أوجبها على نفسه بنذر بأن قال لله على أن أذبح شاة أضحية ثم ذبح هذه الشاة عن مافى ذمته من نذر فان عليه الاعادة لأنه نذر أضحية فذبحها قبل وقتها فلم تبرأ ذمته منها لأنه لم يذبحها فى الوقت المجزئ وكذلك ان نذر ذبح شاة معينة أضحية بأن قال لله على أن أذبح هذه الشاة أضحية فقد أصبحت فى هذه الحالة واجبا معينا فان ذبحها قبل وقتها فيعتبر ذلك اتلافا لها ولاتبرأ ذمته وعليه بدلها فى الوقت المجزئ .

أما اذا ساقها بقصد التطوع من غير أن يوجبها على نفسه فليس عليه بدلها الا أن يتطوع بذلك مثل من نوى الصدقة بشئ من ماله ثم عدل عن ذلك قبل أن يدفعها وصرفها فى محل آخر . والأحاديث التى وردت بالاعادة محمولة على الندب أو على التخصيص بمن وجبت عليه كما يقول ابن قدامة والله أعلم .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى (٢٦٥/٩) وقد صححه الألبانى انظر ارواء الغليل (٣٥٥/٤)،وقال ابن حجر : " صح عنهما أنهما كانا لايضحيان مطلقا أحيانا خشية أن يظن وجوبها" . انظر الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢١٥/٢) . وقال الهيثمى : "وعن حذيفة بن أسيد قال رأيت أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ومايضحيان مخافة يستن فحملنى أهلى على الجفاء بعد أن علمت من السنة ... رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله رجال الصحيح " . انظر مجمع الزوائد (١٨/٤) .

المطلب الثانى : ذبح الأضحية خطأ أو عمدا بغير أمر ربها

لو أن شخصا تعدى على أضحية غيره فذبحها بدلا عنه فى وقتها من غير أن ينيبه فى ذبحها أو أخطأ اثنان فنحر كل واحد منهما أضحية صاحبه ظنا منه أنها أضحيته فهل تقع مجزئة أو لا ؟

مما ينبغى التنبيه عليه أن الهدى يأخذ أحكام الأضحية فى هذه المسألة فما قرره الفقهاء بالنسبة للأضحية ينطبق على الهدى حيث صرحوا بذلك فى كتبهم الا المالكية فقد فرقوا بين الهدى والأضحية وسوف نشير الى ذلك فى موضعه ان شاء الله تعالى .

وقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

يرى الحنفية (١) والمالكية (٢) والظاهرية (٣) أنه لابد من اذن صاحب الأضحية بذبحها وسواء كان الاذن صريحا أو دلالة عند الحنفية ومن الاذن دلالة مالو أضجعها صاحبها و شَدَّ قوائمها لينحرها ثم جاء آخر فسبقه ونحرها قالوا أجزأت استحسانا لوجود الاذن دلالة . وكذلك لو غلط اثنان فذبح كل واحد منهما أضحية غيره أجزأت استحسانا . جاء فى بدائع الصنائع (٤) : "وجه الاستحسان : أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقدحصل غرضه وأسقط عنه مؤونة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مأذونا فيه دلالة فلايضمن ويجزيه عن الأضحية كما لوأذن له بذلك نصا وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحيةصاحبه عن نفسه أنه يجزئ كل واحدمنهما أضحيته عنه استحسانا ويأخذها من الذابح لما بينا أن كل واحد منهمايكون راضيا بفعل صاحبه فيكون مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الأضحية له وجازت

---

(١) بدائع الصنائع (٢٨٢٧/٦) ،ومابعدها ،وراجع كذلك (ص ٢٨٤٠) ،رد المحتار (٢٠٠/٦) ، الفتاوى الهندية (١٢٩/٥) ،تبيين الحقائق (٩/٦) ، المبسوط (١٤٥/٤) .

(٢) المدونة (٤٨٨/١) ، الكافى (٣٦٣/١) ، الشرح الكبير (١٢٣/٢) ،جواهر الاكليل (٢٢٢/١) .

(٣) المحلى (٦٢/٨) .

(٤) (٢٨٢٧/٦ - ٢٨٢٨) .

عنه لأنه ملكه بالضمان " .

أما المالكية والظاهرية فظاهر نصوصهم أنه لابد من الاذن صراحة وهو التوكيل بالذبح والا فلا تجزىء عن واحد منهما سواء أخطأ الاثنان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه أو ذبح أضحية غيره بغير أمره وهناك رواية عن الامام مالك أن الذابح لها اذا كان مثل الولد أو بعض العيال فانها تجزىء جاء فى التمهيد[1] : "وروى ابن عبدالحكم عن مالك إن ذبح رجل أضحية رجل بغير أمره لم تجزىء عنه وهو ضامن لاضحيته الاأن يكون مثل الولد أو بعض العيال انما ذبحوها على وجه الكفاية له فأرجوا أن تجزىء وقال ابن القاسم عنه اذا كانوا كذلك فانها تجزىء ولم يقل أرجو" .

واستثنى المالكية مسألة واحدة وهى ما اذا تعمد ذبح أضحية غيره عن نفسه فانها تجزىء عنه وضمن لربها قيمتها قالوا : والفرق بين العامد والغالط أن العامد داخل على ضمانها فكأنه ملكها قبل الذبح بالاستيلاء عليها[2] .

ومتى قلنا بأنها لاتجزىء عن صاحبها عند أصحاب هذا القول فان على الذابح قيمتها لصاحبها فيشترى غيرها ويذبحها . بل قد ذهب ابن حزم الى أبعد من ذلك وهو أن المذبوحة تكون ميتة لايحل أكلها وهذا عجيب يقول ابن حزم : " ومن ذبح مال غيره بغير اذن مالكه فقد تعدى والتعدى معصية لله وظلم . وقد أمر الله تعالى بالذكاة فهى طاعة له تعالى ولاشك فى أن طاعة الله تعالى غير معصية فالذبح الذى هو طاعة وذكاة هو غير الذبح الذى هو معصية وعدوان ولايحل أكل شىء من الحيوان الا بالذكاة التى أمر الله تعالى بها لامما نهى عنه من العدوان فليست ذكية فهى ميتة . ومن تعدى باتلاف مال أخيه فهوضامن والصفقة فاسدة فالثمن مردود ومن أخطأ فذبح أضحية غيره بغير أمره فهى ميتة لاتؤكل وعليه ضمانها لما ذكرنا"[3] .

---

(١) (١٠٨/٢) .

(٢) جواهر الاكليل (٢٢٣/١)،حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٣١٠/١) .

(٣) المحلى (٦٢/٨) .

وحكم الهدى هو حكم الأضحية عند أصحاب هذا القول الا المالكية (١) فانهم يقولون : بأن من نحر هدى غيره خطأ فانه يجزىء عن صاحبه ولم يكن عليهما شىء هذا هو المشهور عن مالك والفرق بين الهدى والأضحية وجود الالتزام فى الهدى دون الأضحية ،جاء فى جواب ابن القاسم لسحنون حينما سأله عن الهدى والأضحية ففرق بينهما فى الحكم فقال : " قلت فما فرق مابين الضحايا والهدى فى قول مالك ؟ قال لأن الهدى اذا أُشْعِرَ وقُلِّدَ لم يرجع لصاحبه فى مال والضحايا لصاحبها أن يبدلها بخير منها فهذا فرق مابينهما" (٢) .

وهناك رواية أخرى عن الامام مالك نقلها ابن عبدالبر فى التمهيد (٣) فقال : " وقد روى عن مالك فى المُعْتَمِرَيْن اذا أهديا شاتين فذبح كل واحد منهما شاة صاحبه خطأ ان ذلك لايجزىء (٤) عنهما ويضمن كل واحد منهما قيمة ماذبح وائتنفا الهدى .... وقال ابن عبدالحكم أيضا عن مالك أو ذبح أحدهما يعنى المُعْتَمِرَيْن شاة صاحبه عن نفسه ضمنها ولم تجزه ،وذَبَحَ شَاتَهُ التى أوجبها ،وغَرِمَ لصاحبه قيمة شاته التى ذبحها واشترى صاحبه شاة وأهداها . قال ابن عبدالحكم والقول الأول أعجب الينا يعنى المُعْتَمِرَيْن يذبح أحدهما شاة صاحبه وهو قد أخطأ بها أن ذلك يجزيهما" .

ويبدو أن هذه الرواية خاصة فيمن ساق هديه للعمرة دون من ساقه فى الحج فمن ساقه فى الحج فحصل له ذلك بأن ذبح هديه خطأ فانه يجزيه رواية واحدة قال ابن عبدالبر فى الكافى: " واذا أخطأ رجلان حاجان هديهما فذبح كل واحد منهما هدى صاحبه عن نفسه وكانا قد أوقفاهما بعرفة أجزأهما ولم يكن عليهما شىء ،ولو كانا معتمرين ضمن كل واحد منهما قيمة ماذبح ولم يجز عن واحد منهما واستأنف الهدى " (٥) .

---

(١) المدونة (٤٨٤/١)، التمهيد (١٠٨/٢) .
(٢) المدونة (٤٨٥/١) .
(٣) (١٠٨/٢) .
(٤) فى النص المطبوع (يجزى) بدون لا النافية لكن السياق يأبى ذلك ونص الكافى لابن عبدالبر (لم يجز) وهو ماسأذكره بعد أسطر قليلة .
(٥) (٣٥٠/١) .

الرأى الثانى :

يرى الشافعية[1] والحنابلة[2] أن الذبح فعل لايفتقر الى نية بناء على ذلك :

فقد قال الشافعية أنه اذا نذر هديا معينا أو أضحية معينة فذبحه غيره بغير اذنه فى وقته فان الصحيح المشهور أنه يقع الموقع فيأخذ صاحب الأضحية لحمها فيفرقه . والصحيح المنصوص عليه أنه يلزم الذابح أرش مانقص بالذبح لأن اراقة الدم مقصودة وقد فَوَّتَها على صاحبها .

هذا كله اذا لم يفرق لحمها أما اذا أكله أو فرقه فى مصارفه وتعذر استرداده فهو كالاتلاف بغير ذبح لأن تعيين المصروف اليه موكول الى المهدى والمضحى فعلى هذا يلزم الذابح الضمان ويأخذ المهدى منه القيمة ويشترى بها هديا ويذبحه هذا هو المذهب . والصحيح المشهور واختيار الجمهور أنه يضمن قيمته عند الذبح .

وقال الحنابلة : وان ذبحها ذابح فى وقتها بغير اذن ربها ونواها عن ربها أو أطلق أجزأت عن ربها ولاضمان على الذابح وكذلك ان اشتبهت عليه ولم يعلم أنها أضحية الغير فنواها عن نفسه ولم يفرق لحمها أجزأت عن ربها .

فان عَلِمَ أنها أضحية الغير فنواها عن نفسه وذبحها لم تجزىء عن واحد منهما سواء فرق اللحم أو لم يفرقه .

فان فرق اللحم ضمن لصاحبها قيمتها صحيحة ،وان لم يفرق اللحم ضمن مابين القيمتين قيمتها صحيحة وقيمتها مذبوحة . وسواء فى ذلك قلنا بالاجزاء عن ربها أو لم نقل فانه يضمن الفرق مابين القيمتين ،قال البهوتى عند قول الفتوحى : " وضمن مابين القيمتين ان لم يُفَرِّق لحمها "

---

(١) المجموع (٨/٢٧٣ – ٢٧٤)، المهذب (١/٣١٦)، الأم (٢/١٨٣)،روضة الطالبين (٣/٢١٤ – ٢١٥)،مغنى المحتاج (٤/٢٩٠) .

(٢) كشاف القناع (٣/١١ – ١٢)،شرح منتهى الارادات (٢/٨٣)،غاية المنتهى (١/٤٥٥)، الانصاف (٤/٩٣)، القواعد لابن رجب (ص ٢٢٢) .

قال : " ظاهره أجزأت عن ربها أولاً " .

وذهب ابن قدامة الى خلاف ذلك فقال :متى قلنا بالاجزاء عن ربها فلا ضمان على الذابح وليس عليه الفرق بين القيمتين ورَدَّ على الشافعية قولهم انه يضمن الفرق بين القيمتين وهو ما أخذ به متأخروا الحنابلة كما رأينا فقال ابن قدامة : " إنها أضحية أجزأت عن صاحبها ووقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان باذن . ولأنه اراقة دم تعين اراقته لحق الله تعالى فلم يضمن مُرِيْقُه كقاتل المرتد بغير اذن الامام ولأن الأرش لو وجب فانما يجب مابين كونها مستحقة الذبح فى هذه الأيام متعينة له ومابين كونها مذبوحة ولاقيمة لهذه الحياة ولاتفاوت بين القيمتين فتعذر وجود الأرش ووجوبه ،ولأنه لووجب الأرش لم يَخْلُ اما أن يجب للمضحى أو للفقراء لاجائز أن يجب للفقراء لأنهم انما يستحقونها مذبوحة ولو دفعها اليهم فى الحياة لم يجز . ولاجائز أن يجب له لأنه لايجوز أن يأخذ بدل شئ منها كعضو من أعضائها . ولأنهم وافقونا فى أن الأرش لايدفع اليه فيتعذر ايجابه لعدم مستحقه"(١) .

وقال الحنابلة أيضا اذا ضحى اثنان كل واحد منهما بأضحية الآخر غلطا كفتاهما لوقوعها موقعها بذبحها فى وقتها ولاضمان على واحد منهما للآخر استحسانا لإذن الشرع فيه ولو فرّقا اللّحم . وان بقى اللحم أى لحم ماذبحه كل منهما تَرَادَّاهُ لأن كلا منهما أمكنه أن يفرق لحم أضحيته بنفسه(٢) .

---

(١) المغنى (٤٥٧/٩) .

(٢) شرح المنتهى (٨٣/٢)،كشاف القناع (١١/٣) .

الفصل الثالث

تلف الأموال واتلافها فى الجهاد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

اتلاف أموال العدو فى الجهاد

المطلب الأول : اتلاف أموال العدو من غير ذوات الأرواح

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) فى جواز اتلاف أموال العدو من تخريب العامر وهدمه كالبنيان والحصون وقطع الأشجار وافساد الزروع وذلك من أجل اضعافه وكسر شوكته بل قال المالكية بوجوب ذلك اذا كان فيه اغاظة لهم ولم تُرْجَ صيرورتها للمسلمين وهو المذهب (٦) .

لكن الفقهاء قيدوا الجواز بما اذا لم يكن فى ذلك مضرة على المسلمين لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم أو يستظلون به أويأكلون من ثمره ، أو كان يغلب على ظنهم حصول ذلك للمسلمين وأن الفتح بَادٍ ، أو كان فتح الامام لديارهم صلحا أو قهرا فانه يجب الابقاء عليها فى تلك الحالات وماشابهها لأنه افساد فى غير محل الحاجة وماأبيح الا لها .

---

(١) المبسوط (٣١/١٠)، بدائع الصنائع (٤٣٠٦/٩)، شرح فتح القدير (٤٤٧/٥)، تبيين الحقائق (٢٤٣/٣، ٢٤٤)، النتف فى الفتاوى (٧١٠/٢) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٨١/٢)، جواهر الاكليل (٢٥٥/١)، منح الجليل (١٢١/١ -١٢٢)، المدونة (٧/٢ - ٨)، أحكام القرآن لابن العربى (١٧٦٨/٤)، المنتقى (١٦٩/٣) .

(٣) روضة الطالبين (٢٥٨/١٠)، مغنى المحتاج (٢٢٦/٤)، نهاية المحتاج (٦٧/٨)، زاد المحتاج (٣٠٩/٤ - ٣١٠)، الأم (١٦١/٤، ١٧٣)، كتاب السير من الحاوى للماوردى (٨٢٨/٣، ٩٠٤ - ٩١١)، مطبوع على الآلة الكاتبة مركز البحث العلمى بمكة المكرمة كلية الشريعة تحقيق محمد بن رديد المسعودى ١٤٠٣هـ .

(٤) المغنى (٢٩١/٩ - ٢٩٢)، كشاف القناع (٤٣/٣)، شرح المنتهى (٩٦/٢) ، المحرر (١٧٢/٢)، الانصاف (١٢٧/٤) .

(٥) المحلى (٤٦٧/٧) .

(٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٨٠/٢) .

هذا بالنسبة للعقار أما المنقول كالأمتعة والسلاح ونحو ذلك فانه لابد من اتلافه اذا عجز المسلمون عن حمله حتى لاينتفع به الكفار ويَتَقَوَّوْا به على المسلمين .

جاء فى الهداية : " وتُحَرَّقُ الأسلحة أيضا ومالايَحْتَرِقُ منها كالحديد يدفن فى موضع لايقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم" (١) .

وجاء فى المدونة (٢) : "قلت أرأيت البقر والغنم والدواب والطعام والسلاح والأمتعة من متاع الروم ودوابهم وبقرهم وطعامهم ومافعف عنه أهل الاسلام من أمتعات أنفسهم وماقام عليهم من دوابهم كيف يصنعون بهذا كله فى قول مالك ... قال وأما الأمتعات والسلاح فان مالكا قال تحرق" .

وجاء فى المنتقى (٣) : "وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان فان عُجِزَ عنه أحرق ولم يترك طعاما أو غيره" .

وجاء فى الأم (٤) : " وأما مافارق ذوات الأرواح فيصنعون فيما خافوا أن يستنقذوا من أيديهم فيه ماشاءوا من تحريق وكسر وتغريق وغيره" .وقال "قال الشافعى : كل ماكان مما يملكون لاروح له فاتلافه مباح بكل وجه وكل مازعمت أنه مباح فحلال للمسلمين فعله وغير محرم عليهم تركه وأُحِبُّ اذا غزا المسلمون بلادَ الحرب وكانت غزاتهم غارة أو كان عدوهم كثيرا ومتحصنا ممتنعا لايغلب عليهم أن تصير دارهم دار ا سلام ولادار عهد يجرى عليها الحكم أن يقطعوا ويُحَرِّقوا ويُخَرِّبوا ماقدروا عليه من ثمارهم وشجرهم ويُؤخَذُ متاعَهُمْ وماكان يحمل من خفيف متاعهم فقدروا عليه اخترت أن يغنموه ومالم يقدروا عليه حَرَّقوه وغَرَّقوه" (٥) .

وجاء فى الانصاف (٦) : "ولو تعذر حمل متاع ولم يُشْتَرَ فللأمير أخذه لنفسه واحراقه نَصَّ عليهما" .

---

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٧/٥)،وانظر أيضا بدائع الصنائع (٤٣٠٩/٩)، النتف (٧١٠/٢) .

(٢) (٤٠/٢)،وانظر جواهر الاكليل (٢٥٦/١) .

(٣) (١٧٠/٣) .

(٤) (١٧٥/٤) .

(٥) الأم (١٧٣/٤ - ١٧٤)،وانظر روضة الطالبين (٢٥٨/١٠)،شرح السنة (٥٦/١١)

(٦) (١٢٧/٤) .

الأدلـــة :

استدل الفقهاء رحمهم الله على قولهم بجواز اتلاف أموال الكفـار أثناء الجهاد بالأدلة الآتية :

(١) قال الله تبارك وتعالى فى بنى النضير حين حاربهم رسول الله صلى الله عليه وسلم :

" هُوَ ٱلَّذِىٓ أَخْرَجَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ مِن دِيَـٰرِهِمْ لِأَوَّلِ ٱلْحَشْرِ ۚ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُوا۟ ۖ وَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونُهُم مِّنَ ٱللَّهِ فَأَتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا۟ ۖ وَقَذَفَ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلرُّعْبَ ۚ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ فَٱعْتَبِرُوا۟ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَـٰرِ "(١) .

قال الشافعى : " فوصف اخرابهم منازلهم بأيديهم واخراب المؤمنين بيوتهم ووصفه اياه جل ثناؤه كالرضا به "(٢) .

(٢) قال الله تبارك وتعالى : " مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِىَ ٱلْفَـٰسِقِينَ "(٣) .

قال الشافعى : " فرضيَ القطع وأباح الترك فالقطع والترك موجودان فى الكتاب "(٤) .

وجاء فى المدونة(٥) عن الامام مالك أنه كان يتأول هذه الآية اذا ذكر قطع الشجر وخراب بلادهم .

(٣) قال الله تبارك وتعالى : " مَا كَانَ لِأَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُم مِّنَ ٱلْأَعْرَابِ أَن يَتَخَلَّفُوا۟ عَن رَّسُولِ ٱللَّهِ وَلَا يَرْغَبُوا۟ بِأَنفُسِهِمْ عَن نَّفْسِهِۦ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٌ صَـٰلِحٌ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ ٱلْمُحْسِنِينَ "(٦) .

---

(١) الحشر : ٢

(٢) الأم (١٧٤/٤) .

(٣) الحشر : ٥

(٤) الأم (١٧٤/٤) .

(٥) (٨/٢) .

(٦) التوبة : ١٢٠

ولاشك أن فى تخريب عامرهم وقطع شجرهم اغاظة لهم. يقول السرخسى (١) :
" ولما حاصر ثقيفا أمر بقطع النخيل والكروم حتى شَقَّ ذلك عليهم وجعلوا يقولون النخلة لاتحمل الا بعد عشرين سنة فلا عيش بعد هذا . ففى هذا بيان أنهم يذلون بذلك وأن فيه كبتا وغيظا لهم وقد أمرنا الله بذلك ،قال تعالى : " ولايطؤون موطئا يغيظ الكفار الا كتب لهم به عمل صالح " .

(٤) ماروى البخارى (٢) ومسلم (٣) عن ابن عمر رضى الله عنهما قال حَرَّق النبى صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير " .

ولمسلم (٤) : " قطع نخل بنى النضير وحرق ولها يقول حسان :

وهان على سراة بنى لؤى .*. حريق بالبويرة (٥) مستطير

قال الامام الشافعى : " فان قال قائل فهل حرق أو قطع بعد ذلك قيل نعم قطع بخيبر وهى بعد بنى النضير " (٦) .

(٥) ماروى أبو داود (٧) عن الزهرى قال عروة : فحدثنى أسامة

---

(١) المبسوط (٣١/١٠) .
(٢) (٢٣/٤) كتاب الجهاد باب (١٥٤) .
(٣) (١٣٦٦/٣) كتاب الجهاد باب (١٠) .
(٤) (١٣٦٦/٣) جهاد باب (١٠) .
وأخرجه أيضا أبو داود (٨٧/٣) كتاب الجهاد باب (٩١) ،والترمذى (١٢٢/٤) كتاب الجهاد باب (٤) ،وابن ماجه (٩٤٨/٢) كتاب الجهاد باب (٣١) ،والامام أحمد (٨/٢) في المسند .
(٥) البويرة بضم الباء مصغر: مَوْضِعٌ معلوم من بلاد قريظة وبنى النضير . انظر مشارق الأنوار (٣١٥/١) .
(٦) الأم (١٦١/٤) .
(٧) (٨٨/٣) كتاب الجهاد باب (٩١) وسكت عنه وقال حدثنا عبد الله بن عمر الغزى سمعت أبا مُسْهِر قيل له أُبْنَى ،قال نحن أعلم هي يبنى فلسطين .قال ابن قدامة : " والصحيح أنها أبنا كما جاءت الرواية وهى قرية من أرض الكرك فى أطراف الشام فى الناحية التى قتل فيها أبوه ،وأما يبنى فهى من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليصل اليها ولايأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالاغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير اليها لتوسطها فى البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بالتغرير بالمسلمين فكيف يحمل =

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد اليه فقال : " أَغِرْ على أُبْنَى صباحا وحَرِّق " .

(٦) أن حُرْمَةَ النفوس أعظم وقتلها أغلظ فلما جاز قتل نفوسهم على الكفر كان قطع نخلهم وشجرهم عليه أولى بالجواز (١) .

(٧) أن فى ذلك اضعافا لهم وتوهينا واتلافا لما يتقوون به على المسلمين (٢).

(٨) أن المقصود كبت أعداء الله ،وكسر شوكتهم ،وبذلك يحصل ،فيفعلون مايمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وافساد الزرع " (٣) .

لكن ورد أن أبا بكر رضى الله عنه نهى عن قطع الشجر المثمر وتخريب العامر . فقد روى الامام مالك فى موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان الى أن قال له انى موصيك بعشر لاتقتلن امرأة ولاصبيا ولاكبيرا هرما ولاتقطعن شجرا مثمرا ولاتخربن عامرا ... الحديث (٤) .

= الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى" . انظر المغنى (٢٩٢/٩) . قال محقق الكتاب معلقا على كلام ابن قدامة : "أبنا هكذا فى المغنى والصواب كما فى سنن أبى داود ومختصره للمنذرى (أبنى) بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة بعدها نون وآخره ألف مقصورة وهى موضع من بلاد فلسطين بين عسقلان والرملة وتنطق اليوم (يبنى) بالياء بدل الهمزة كما قال أبو مسهر،ورواه ابن ماجه (٩٤٨/٢) كتاب الجهاد باب (٣١) بلفظ ائت ابنى صباحا ثم حرق .
قال صاحب منتقى الأخبار : " رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وفى اسناده صالح بن أبى الأخضر قال البخارى هو لَيِّن" . قال الشوكانى : " حديث أسامة بن زيد سكت عنه أبو داود والمنذرى وفى اسناده من ذكره المصنف وقال يحيى بن معين : وهو ضعيف ،وقال أحمد : يعتبر به ،وقال العجيلى يكتب حديثه وليس بالقوى . وقال فى التقريب : ضعيف " . انظر نيل الأوطار (١٥٦/٩) .

(١) كتاب السير من الحاوى (٩١٠/٣) ،بدائع الصنائع (٤٣٠٦/٩) .
(٢) المنتقى (١٧٠/٣) .
(٣) شرح فتح القدير (٤٤٧/٥) .
(٤) الموطأ (٤٤٧/٢ - ٤٤٨) كتاب الجهاد باب (٣)،وعبدالرزاق فى المصنف (١٩٩/٥) كتاب الجهاد باب عقر الشجر بأرض العدو،وابن أبى شيبة فى المصنف (٣٨٣/١٢) كتاب الجهاد حديث رقم (١٤٠٦٧) باب (٢٢١٥).

وهو ما استدل به بعض العلماء كالأوزاعي (١) فقد قال بكراهة القطع والتخريب لهذا الحديث لكن الفقهاء حملوا هذا الحديث على ماقيدوا به قولهم بالجواز وهو انه اذا كان يرجى حصوله للمسلمين وجب الابقاء عليه لأنه افساد لمال من أموال المسلمين وهذا لايصح •

جاء في الأم (٢) : "فقلت علام تعد نهي أبي بكر عن ذلك فقال الله تعالى أعلم أما الظن به فانه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يذكر فتح الشام فكان على يقين منه فأمر بترك تخريب العامر وقطع المثمر ليكون للمسلمين لا لأنه رآه محرما لأنه قد حضر مع النبي صلى الله عليه وسلم تحريقه بالنضير وخيبر والطائف فلعلهم أنزلوه على غير ما أنزله عليه والحجة فيما أنزل الله عز وجل في صنيع رسول الله صلى الله عليه وسلم" •

وجاء في المنتقى (٣) : "قال ابن حبيب قال مالك وأصحابه انما نهى الصديق عن اخراب الشام لأنه علم مصيرها للمسلمين وأما مالايرجى ظهورهم عليه فخراب ذلك مما ينبغي قال ابن حبيب هو الصحيح وقد حرق النبي صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير" •

وجاء في المدونة (٤) : "قال سحنون وأصل ماجاء عن أبي بكر رضي الله عنه في النهي عن قطع الشجر واخراب العامر أن ذلك لم يكن من أبي بكر رضي الله عنه نظرا للشرك وأهله والحيطة لهم والذب عنهم ولكنه أراد النظر للاسلام وأهله والتوهين للشرك ورجاء أن يصير ذلك للمسلمين وأن خرابه وهن على المسلمين ••• وكل بلد لارجاء فيه للمسلمين على الظهور عليها والمقدرة فوهن ذلك وضرره على أهل الشرك " •

وجاء في شرح فتح القدير (٥) : "ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار اسلام وكان هذا هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر

---

(١) معالم السنن للخطابي على هامش سنن أبي داود (٨٧/٣)،سنن الترمذي (١٢٢/٤)، الأم (١٧٤/٤)، المبسوط (٣١/١٠)،شرح السنة للبغوي (٥٤/١١) •

(٢) (١٧٤/٤) •

(٣) (١٧٠/٣) •

(٤) (٨/٢) •

(٥) (٤٧٦/٥) •

رضى الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولاتخرب لانه اتلاف مال المسلمين ألاترى الى قوله لاتحرقن وهو رضى الله عنه قد علم قوله عليه السلام : " أغر على أُبْنَى صباحا ثم حرق "(١) .

وجاء فى المحلى(٢) : "ولاحجة فى أحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ينهى أبو بكر عن ذلك اختيارا لأن ترك ذلك أيضا مباح كما فى الآية المذكورة ولم يقطع صلى الله عليه وسلم نخل خيبر فكل ذلك حسن ".

وبالتأمل فى نصوص الفقهاء وتعليلاتهم فى المسألة نخلص الى أن الفقهاء متفقون على جواز تخريب ديار الكفار وهدم عامرهم وقطع شجرهم متى أفضى ذلك الى هزيمتهم أو دخولهم فىمصالحة المسلمين . أو كان ذلك يغيظ الكفار ويزيد فى كتبهم ولم يرج حصوله للمسلمين بل ان هذا من العمل الصالح يقول تعالى : " مَاكَانَ لِأَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ ٱلْأَعْرَابِ أَن يَتَخَلَّفُوا عَنْ رَسُولِ ٱللَّهِ وَلَايَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عَن نَّفْسِهِ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ لَايُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَانَصَبٌ وَلَامَخْمَصَةٌ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَايَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَايَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلاً إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ ٱللَّهَ لَايُضِيعُ أَجْرَ ٱلْمُحْسِنِيْنَ "(٣) .

---

(١) سبق تخريجه .(ص ٢٧٣)

(٢) (٤٦٨/٧) .

(٣) التوبة : ١٢٠

المطلب الثانى : اتلاف أموال العدو اذا كانت من ذوات الأرواح

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى حكم اتلاف حيوانات العدو على قولين :

القول الأول :

ذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) والظاهرية (٣) الى أنه لايجوز عقر حيوانات العدو وقتلها بأى وجه من الوجوه وفى أى حال من الأحوال الا أن تذبح للأكل فقط . وخص الحنابلة ذلك فى غير حال القتال .

واستثنى أصحاب هذا القول حيوانات القتال كالخيل اذا قاتلونا عليها فانه يجوز أن نعقرها لنصل بعقرها الى قتلهم أو الظفر بهم لأنهم يمتنعون بها فى الطلب والهرب أكثر من امتناعهم بحصونهم وسلاحهم .

وأضاف الشافعية (٤) أنه يجوز عقر خيول العدو اذا غنمها المسلمون وأدركهم العدو من غير خيل لأنه لو أطلقت عليهم ركبوها وقهروا المسلمين بها فجاز عقرها لاستدفاع الأذى بها كما لو كان العدو ركبانا .

بل ذهب ابن قدامه (٥) من الحنابلة الى أبعد من ذلك فى خيل القتال إذ رَجَّحَ جواز عقر ماعجز المسلمون عن سوقه وأخذه ولو لم يدركهم العدو لأنه مما يَحْرُم ايصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم فقال : "ويقوى عندى أن ماعجز المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار فى القتال كالخيل جاز عقره واتلافه" .

---

(١) الأم (٤/١٦١،١٧٤ - ١٧٥)،سير الحاوى (٣/٩٢٦ - ٩٣٠)،روضة الطالبين (١١/٢٥٨)،مغنى المحتاج (٤/٢٢٧)،زاد المحتاج (٤/٣١٠ - ٣١١)،شرح السنة للبغوى (١١/٥٥ - ٥٦) .

(٢) المغنى (٩/٢٨٩ - ٢٩٠)،شرح منتهى الارادات (٢/٩٦)،كشاف القناع (٣/٤٣)، المحرر (٢/١٧٢)، الانصاف (٤/١٢٦) .

(٣) المحلى (٧/٤٦٨ - ٤٦٩) .

(٤) سير الحاوى (٣/٩٣٤) .

(٥) المغنى (٩/٢٩١) .

القول الثانى :

ذهب الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] الى جواز ذبح حيوانات العدو لقصد الافساد عليهم واغاظتهم ثم تحرق بالنار مبالغة فى كبتهم وايلامهم لئلا يتمكنوا من الانتفاع بها ·

جاء فى بدائع الصنائع[(٣)] : "وأما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام أما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به " ·

وجاء فى الهداية مع شرح فتح القدير[(٤)] : " واذا أراد الامام العود ومعه مواشى أى من مواشى أهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم أحرقها" ·

وجاء فى المدونة[(٥)] :" قلت أرأيت البقر والغنم والدواب والطعام والسلاح والأمتعة من متاع الروم ودوابهم وبقرهم وطعامهم وماضعف عنه أهل الاسلام من أمتعات أنفسهم وماقام عليهم من دوابهم كيف يصنعون بهذا كله فى قول مالك؟ قال : قال مالك يعرقبون الدواب أو يذبحونها وكذلك البقر والغنم" ·

وجاء فى جواهر الاكليل[(٦)] : "وحُرِّقَ أى المذبوح والمعرقب والمجهز عليه وُجُوباً ان أكلوا أى استحل الكفار فى دينهم أن يأكلوا الميتة ولو ظنا لئلا ينتفعوا بها" ·

وجاء فى المنتقى[(٧)] : " وأما دوابهم وبغالهم وحمرهم فانها

---

(١) شرح فتح القدير (٤٧٦/٥)،تبيين الحقائق (٢٥٠/٣)،الدر المختار (١٤٠/٤)،النتف فى الفتاوى (٧١٠/٢) ·
(٢) المدونة (٤٠/٢)،جواهر الاكليل (٢٥٥/١ - ٢٥٦)،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٨١/٢)،منح الجليل (١٢١/١ - ١٢٢) ·
(٣) (٤٣٠٩/٩) ·
(٤) (٤٧٦/٥) ·
(٥) (٤٠/٢) ·
(٦) (٢٥٦/١) ·
(٧) (١٧٠/٣) ·

تعقر[1] اذا عُجِزَ عن اخراجها والانتفاع بها لم يختلف فى ذلك أصحابنا غير ابن وهب " .

وقال : " والضرب الثانى من الابل والغنم مايعجز المسلمون عن اخراجه فانه يقتل أو يعقر وهو الذى عناه بقوله المروى عنه فى كتاب ابن المواز ولابأس أن يعقر غنمهم وبقرهم وان لم يحتج الى ذلك لأن فى ترك ذلك تقوية للعدو وفى اتلافه اضعافا لهم فان كانوا ممن يأكلون الميتة فالصواب أن تحرق بعد العقر ان أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها " .

---

(١) قال الباجى : " واختلف أصحابنا فى صفة العقر فقال البصريون من أصحاب مالك تعرقب وتذبح أو يجهز عليها . وقال المدنيون من أصحابه يجهز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرقب قال ابن حبيب وبه أقول لأن الذبح مثله والعرقبة تعذيب . وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس ببين لأن الذبح لم يكره فى الخيل لأنه مثله وانما كره لأنه ذريعة الى اباحة أكلها قال أصحابنا يضرب عنقه ويبقر بطنه فأما العرقبة فانه تعذيب على ماذكره والصواب الاجهاز عليه بوجه يمنع أكله عند من قال بذلك " المنتقى (١٧٠/٣) . هذا هو قول أصحاب مالك فى صفة العقر أما الامام مالك رحمه الله فقد نُقِلَ عنه فى المدونة العرقبة فقط أو الذبح فقد قال : قال مالك يعرقبون الدواب أو يذبحونها ... وقال قال مالك فى الرجل تقف عليه دابته أنه يعرقبها أو يقتلها ولايتركها للعدو ينتفعون بها . انظر المدونة (٤٠/٢) . فمعنى العرقبة اذا عند مالك مافسرها به الأُبِّي الأزهرى بأنها قطع عرقوبية انظر جواهر الاكليل (٢٥٥/١) . وقد خالف الحنفية الامامَ مالكاً رحمه الله فى ذلك فنصوا على أنها تذبح ولاتعقر لأن فى العقر مثله جاء فى المبسوط (٢٨/١٠ - ٢٩) : " ذكر عن الزهرى رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتعقروا الخيل فى أرض العدو وهو دليلنا على مالك رحمه الله فانه يجوز العقر فيما يقوم عليه من الدواب من الغنيمة كانت أو من غيرها لحديث جعفر الطيار رضى الله عنه فانه لما استقل يوم مؤتة وعلم أنه لاينجو منهم عقر فرسه وتقدم فى نحر العدو حتى قتل ولكنا نقول فى العقر مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولعل فعل جعفر رضى الله عنه كان قبل النهى فانتسخ به " وقال فى شرح فتح القدير (٤٧٦/٥) : " وعَقَرَ جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح فى تلك الوقعة فخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها " قلت وهذا على فرض ثبوته والا فقد قال الشافعى رحمه الله : " فان =

الأدلـــة :

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

(١) ماروراه الامام مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان الى أن قال وانى موصيك بعشر فذكر منها ولاتعقرن شاة ولابعيرا الا لمأكله" (١) .

قال الامام الشافعى (٢) : "ولم أجد لأبى بكر فى ذوات الأرواح مخالفا من كتاب ولاسنة ولامُثْلَةً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما حفظت فلو لم يكن فيه الا اتباع أبى بكر كان فى اتباعه حجة مع أن السنة تدل على مثل ماقال أبو بكر فى ذوات الأرواح من أموالهم فان قال قائل ما السنة قلنا :

أخبرنا سفيان بن عيينة عن عمر بن دينار عن صهيب مولى بنى عامر عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :من قتل عصفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله عز وجل عن قتله قيل يارسول الله وماحقها قال : أن يذبحها فيأكلها ولايقطع

= قال قائل فقد روى أن جعفر بن أبى طالب عقر عند الحرب فلاأحفظ ذلك من وجه يثبت على الانفراد ولاأعلمه مشهورا عند عوام أهل العلم بالمغازى " . انظر الأم (١٧٥/٤) . وقد رواه أبوداود(٦٢/٣) كتاب الجهاد باب (٦٦) وقال هذا الحديث ليس بالقوى .
قال عِزّتْ الدعاس محقق سنن أبى داود (٦٣/٣) وصحح الشيخ أحمد شاكر اسناد هذا الحديث .. فقال صرح ابن اسحاق بسماعه من يحيى بن عباد وهو كذلك فى سيرة ابن هشام عن ابن اسحاق والاسناد صحيح .

(١) سبق تخريجه .(ص ٢٧٣)

(٢) الأم (١٦١/٤) وقد استدل الامام الشافعى رحمه الله بقول أبى بكر رضى الله عنه فى هذا الموضع ولم يستدل به فى الموضع السابق وهو تخريب العامر واتلاف ماعدا ذوات الأرواح من أموال الكفار لأنه قد ورد مايعارضه من الكتاب والسنة فقال الامام الشافعى : "فان قال قائل فقد قال أبو بكر ولاتقطعن شجرا مثمرا فقطعته قيل فانا قطعناه بالسنة واتباع ماجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ... ولم أجد لأبى بكر فى ذوات الأرواح مخالفا ...الخ" .

رأسها" (١) .

ومما ذكره الشافعي رحمه الله مارواه الامام مسلم قال حدثنا حجاج ابن محمد قال قال ابن جريج : أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتل شئ من الدواب صبرا" (٢) .

ومما ذكره ابن قدامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النحلة (٣) .

ومما ذكره ابن حزم ماروواه النسائي عن عبدالله بن جعفر قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أناس وهم يرمون كبشا بالنبل فكره ذلك وقال "لاتمثلوا بالبهائم" (٤) .

(٢) أن حظر قتل الحيوان أولى من عكسه لأن للحيوان حرمتين احداهما لمالكه والأخرى لخالقه فاذا سقطت حرمة المالك لكفره بقيت حرمة الخالق في بقائه على حظره وحرمته أكبر من حرمة الأموال ولذلك مُنِعَ مَالِكَ الحيوان من تعطيشه واجاعته لأنه اذا سقطت حرمة مالكه بقيت حرمة خالقه (٥) .

(٣) قال الامام الشافعي (٦) : "ووجدت الله عز وجل أباح قتل ذوات

---

(١) رواه النسائي (٧/٢٣٩) كتاب الضحايا باب من قتل عصفورا بغير حقها والامام أحمد في مسنده (٢/١٦٦،١٩٧) وضعفه الألباني انظرتخريج أحاديث الحلال والحرام (ص ٤٩) وأخرجه الحاكم في المستدرك (٤/٢٣٣)، وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

(٢) رواه مسلم (٣/١٥٥٠) كتاب الصيد باب (١٢) وابن ماجه (٢/١٠٦٤) كتاب الذبائح باب (١٠)، والامام أحمد في المسند (٣/٣١٨،٣٣٩) .

(٣) رواه أبو داود (٥/٤١٨) كتاب الأدب باب (١٧٦) ،وابن ماجه (٢/١٠٧٤)، كتاب الصيد باب (١٠) والامام أحمد في المسند (١/٣٣٢)،وصححه الألباني انظر صحيح الجامع (٦/٦٨) .

(٤) رواه النسائي (٧/٢٣٨) كتاب الضحايا باب النهي عن المجثمة وصححه الألباني انظر صحيح الجامع الصغير (٦/١٨٢) .

(٥) كتاب السير من الحاوي (٣/٩٢٩)،مغني المحتاج (٤/٢٢٧) .

(٦) الأم (٤/١٦٢) .

الأرواح من المأكول بواحد من معنيين أحدهما : أن تذكى فتؤكل اذا قدر عليها والآخر أن تذكى بالرمى اذا لم يقدر عليها ولم أجده أباح قتلها لغير منفعة " .

(٤) أن ذوات الأرواح تألم بالعذاب ولاذنب لها ففارقت ماسواها مما ليس له روح .(١)

(٥) أنه حيوان ذو روح فلم يجز قتله لغيظ المشركين كنسائهم وصبيانهم .(٢)

هذا ما استدل به أصحاب القول الأول على ماذهبوا اليه من عدم جواز قتل ذوات الأرواح الا لقصد الأكل . وقد ذكرنا أنهم قد استثنوا حيوانات القتال اذا قاتلوا المسلمين عليها وقد استدلوا على هذا الاستثناء :

(١) أن حنظلة بن الراهب عقر بأبى سفيان بن حرب فرسه يوم أحد فانكسعت به وصُرِعَ فجلس حنظلة على صدره وعطف ابن شعوب على حنظلة فقتله وذلك بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم نعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكر ذلك عليه ولانهاه ولانهى غيره عن مثل هذا .(٣)

(٢) أنهم يمتنعون بها فى الطلب والهرب أكثر من امتناعهم بحصونهم وسلاحهم فصارت أذى لنا فجاز استهلاكها .(٤)

(٣) أنه اذا جاز قتل النساء والصبيان عند التترس بهم فالخيل أولى .(٥)

---

(١) الأم (١٧٥/٤) .

(٢) المغنى (٢٨٩/٩)، السير من الحاوى (٩٢٧/٣) .

(٣) الأم (١٧٥/٤)، المغنى (٢٩٠/٩)، السير من الحاوى (٩٣٠/٣)، وانظر القصة فى تاريخ الطبرى (٢١/٣ - ٢٢)، وانظر شرح السنة للبغوى (٥٥/١١)، قال ابن حجر فى التلخيص الحبير (١٢٤/٤) : " البيهقى من طريق الشافعى بغير اسناد وقد ذكره الواقدى فى المغازى عن شيوخه فذكره مطولا وذكره ابن اسحاق فى المغازى دون ذكر القصة " .

(٤) السير من الحاوى (٩٣٠/٣) .

(٥) مغنى المحتاج (٢٢٧/٤)، المغنى (٢٩٠/٩) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

(١) أن هذه أموال باقية يتقوى بها العدو فجاز اتلافها عليهم كالزرع القائم والشجر المثمر[1] .

(٢) أنه يجوز ذبح الحيوان لغرض الأكل لأنه غرض صحيح ،ولاغرض أصح من كسر شوكة الكفار وتعريضهم للهلاك والموت بذبح حيواناتهم ثم تحريقها لتنقطع المنفعة فصار كتخريب البنيان[2] .

المناقشة :

اعترض أصحاب القول الأول على أصحاب القول الثانى بعدم صحة قياس الحيوانات على الزرع القائم والشجر المثمر فقد أسلفنا أنهم قالوا أن للحيوان حرمتين حرمة مالكه وحرمة خالقه فاذا سقطت حرمة المالك بقيت حرمة الخالق بخلاف غيره من الأموال ولأنه من ذوات الأرواح يألم بالتعذيب ولاذنب له ففارق غيره من الأموال فلزم بقاء الحيوان على الحظر .

وردوا على قولهم ان فى ذلك غيظاً للكفار وتوهينا لهم بمثل ماقال ابن حزم : " فُقلنا لهم فاقتلوا أولادهم وصغارهم ونساءهم بهذا الاستدلال فهو بلا شك أغيظ لهم من قتل حيوانهم فقالوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان فقلنا لهم وهو عليه السلام نهى عن قتل الحيوان الا لمأكله ولافرق وانما أمرنا الله تعالى أن نغيظهم فيما لم ينه عنه لابما حرم علينا فعله"[3] .

وأما أصحاب القول الثانى فقد حملوا نهى أبى بكر رضى الله عنه عن ذبح الحيوان الا لمأكله[4] وكل منهما حمله محملا : أما المالكية

---

(١) المنتقى (١٧٠/٣) .

(٢) شرح فتح القدير (٤٧٧/٥) .

(٣) المحلى (٤٦٩/٧)،وانظر الأم (١٦٢/٤)، السير من الحاوى (٩٢٩/٣) .

(٤) المنتقى (١٧٠/٣) .

فقالوا انه يحمل على ماعجز المسلمون عن حمله واخراجه أما ماعجزوا عنه فانه يقتل أو يعقر ٠

وأما الحنفية فقالوا[1] : هو محمول على ماإذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار اسلام ٠

التـرجيـح :

الذى يبدو لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول لقوة أدلتهم وضعف ماسواها والله أعلم ٠

---

(١) شرح فتح القدير (٤٧٧/٥) ٠

المبحث الثانى

فى حكم أكل الغانمين من طعام الغنيمة واعلاف دوابهم منها قبل القسمة

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [1] والمالكية [2] والشافعية [3] الى أنه يجوز لأهل الجهاد الأكل من طعام الغنيمة وأن يعلفوا دوابهم ولافرق فى الطعام بين أن يكون مهيأ للأكل أو غير مهيئ حتى يجوز لهم ذبح المواشى من الابل والبقر والغنم وهذا كله اذا كانوا فى دار الحرب فقط أما فى دار الاسلام فان الحاجة قد انتفت والأمر الذى أبيح الأكل من أجله قد ارتفع فلا يجوز الأكل منها قبل القسمة .

وقيد المالكية قولهم بجواز الأكل فى دار الحرب بما اذا احتاج الغانمون ولو لم تبلغ الحاجة حد الضرورة [4] . أما الحنفية والشافعية فيقولون بجواز ذلك مطلقا ،يقول السرخسى [5] : "واذا كان فى الغنيمة طعام أو علف فاحتاج اليه رجل تناول بقدر حاجته وقوله فاحتاج مذكور على وجه العادة دون الشرط فللمحتاج وغير المحتاج أن يتناول من ذلك " .

---

(١) المبسوط (٣٤/١٠)، الهداية مع شرح فتح القدير (٤٨٤/٥)،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٢٥٢/٣)، الدر المختار وحاشيته رد المحتار عليه (١٤٣/٤)، النتف فى الفتاوى (٧٠٧/٢) .

(٢) المدونة (٣٥/٢ - ٣٦)،جواهر الاكليل (٢٥٥/١)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٧٩/٢ - ١٨٠)،منح الجليل (٧٢٠/١) .

(٣) كتاب السير من الحاوى (٨٢٨/٣)،روضة الطالبين (٢٦١/١٠ - ٢٦٣)، الأم (١٧٧/٤)،مغنى المحتاج (٢٣١/٤ - ٢٣٢)،معالم السنن (١٤٩/٣)،شرح النووى على صحيح مسلم (١٠٢/١٢) .

(٤) جواهر الاكليل (٢٥٥/١)،حاشية الدسوقى (١٧٩/٢) .

(٥) المبسوط (٣٤/١٠) .

وقال الماوردي[(١)] : "قول الجمهور والظاهر من مذهب الشافعي أن الحاجة غير معتبرة في استباحتها وأنه يجوز لهم أن يأكلوا ويعلفوا دوابهم مع الحاجة والغنى والوجود والعدم اعتبارا بطعام الولائم" .

القول الثاني :

ذهب الحنابلة[(٢)] الى التفريق في الحكم بين ماقبل احراز الغنيمة ومابعد احرازها فقالوا : ان أحرزها الامام أو وكّل من يحفظها فلا يجوز لأحد أن يأكل من الغنيمة أو يعلف دوابه منها الا للضرورة وهو أن لايجدوا مايأكلون فحينئذ يجوز وسواء حيزت في دار الحرب أو في دار الاسلام .

أما قبل احراز الغنائم وحفظها فيجوز الأكل منها ولو من غير حاجة قال المرداوي : " على أشهر الطريقتين والصحيح من المذهب "[(٣)] .

هذا كله في الأطعمة والأعلاف من الغنيمة أما الحيوانات فانهم يفرقون بين حيوان وحيوان اذا لم تكن الحاجة داعية الى ذبحها قبل احرازها وخلاصة قولهم في ذلك[(٤)] :

(أ) ان كان الحيوان لايراد الا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطير فحكمه حكم الطعام في قول الجميع .

(ب) ان كان مما يحتاج اليه في القتال كالخيل لم يبح ذبحه للأكل في قولهم جميعا .

---

(١) السير من كتاب الحاوي (٨٢٩/٣) . وقد أشار الى أن هناك وجها آخر للشافعية نسبه الى أبي علي بن أبي هبيرة وهو أنهم لايستبيحونه الامع الحاجة اعتبارا بأكل المضطر طعام غيره.هو ممنوع الاعند حاجته . قال الماوردي واعتباره بالمضطر خطأ من وجهين أحدهما أن المضطر ضامن وهذا غير ضامن فافترقا" ورجح النووي أنه يباح ولو من غير حاجة وعبر عنه بالصحيح وعبر الشربيني بالأصح وهو كما عبر به النووي في الروضة . انظر مغني المحتاج (٢٣٢/٤) .

(٢) المغني (٢٨٥/٩)،شرح منتهى الارادات (١٠٩/٢)،كشاف القناع (٦٧/٣) ، التنقيح (ص ١٥٩)، المحرر (١٧٦/٢ - ١٧٧)، الانصاف (١٥٣/٤،١٥٥)، المبدع (٣٥٠/٣ - ٣٥١) .

(٣) الانصاف (١٥٣/٤) .

(٤) من المغني (٢٩٠/٩) .

(ج) ان كان غير ذلك كالبقر والغنم فقال ابن قدامة : " لم يبح فى قول الخرقى . وقال القاضى ظاهر كلام أحمد اباحته لأن هذا الحيوان مثل الطعام فى باب الأكل والقوت فكان مثله فى اباحته" .

واستدل ابن قدامة لقول الخرقى بما رواه أبو داود حدثنا هناد بن السرى حدثنا أبو الأحوص عن عاصم يعنى ابن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فأصاب الناس حاجة شديدة وجهد وأصابوا غنما فانتهبوها، فان قدورنا لتغلى اذ جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى على قوسه فأكفأ قدورنا بقوسه ثم جعل يرمل اللحم بالتراب ثم قال ان النهبة ليست بأحل من الميتة" أو ان الميتة ليست بأحل من النهبة .. الشك من هنّاد (١) .

ولأن هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها الى دار الاسلام بخلاف الطير والطعام . قال ابن قدامة (٢) : الا ان أذن الأمير فيها أو قَسَّمَها .

القول الثالث :

ذهب الظاهرية (٣) الى أن كل ما أمكن حمله من الطعام فحرام على المسلمين الا ما اضطروا الى أكله ولم يجدوا شيئا غيره وأما مالايقدر على حمله فجائز افساده وأكله وان لم يضطروا اليه وهذا كله فيما ملكوه أما مالم يملكوه من صيد أو حجر او عود فهذا كله مباح كما هو فى ارض الاسلام ولافرق .

(١) أبو داود (١٥١/٣) كتاب الجهاد باب (١٣٨)، وصححه الألبانى انظر صحيح الجامع الصغير (١٧٥/٢) .

(٢) المغنى (٢٩٠/٩) وقد ذكر الدليل على ذلك فدليل الجواز إذا أَذِنَ الأمير ماروى عطية بن قيس قال كنا اذا خرجنا فى سرية فأصبنا غنما نادى منادٍ الامام الاَمَنّ أراد أن يتناول شيئا من هذه الغنم فليتناول انا لانستطيع سياقتها " رواه سعيد (٢٤٢/١)، أما دليل جوازها اذا قَسَّمَها ماروى معاذ قال غزونا مع النبى صلى الله عليه وسلم خيبر فأصبنا غنما فقسم بيننا صلى الله عليه وسلم وجعل بقيتها فى المغنم" رواه أبو داود (١٥٢/٣ - ١٥٣) كتاب الجهاد باب (١٣٩) .

(٣) المحلى (٥٧١/٧) .

الأدلـــة .

أولا : أدلة اصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بما يلي :

(١) ماروراه البخاري عن عبدالله بن مغفل رضى الله عنه قال كنا محاصري قصر خيبر فرمى انسان بجراب فيه شحم فنزوت لآخذه فالتفت فاذا النبي صلى الله عليه وسلم فاستحييت منه "[1] .

ورواه مسلم[2] بلفظ آخر قال : أصبت جرابا من شحم يوم خيبر قال فالتزمته فقلت لاأعطى اليوم أحدا من هذا شيئا قال فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم مبتسما" .

قالوا : فدل تبسمه منه صلى الله عليه وسلم وتركه عليه على اباحته له .

(٢) وعن عبدالله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم خيبر قال فكان الرجل يجئ فيأخذ منه مقدار مايكفيه وينصرف"[3] .

قالوا فدل ذلك على اباحته .

(٣) وعن عبدالله بن عمر قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولانرفعه"[4] .

قالوا : فهذا دليل على أن عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه .

(٤) أن الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب اذ هو لايقدر أن يستصحب مايكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح

---

(١) (٦١/٤) كتاب فرض الخمس باب (٢٠) .

(٢) (١٣٩٣/٣) كتاب الجهاد باب (٢٥) ورواه أيضا أبو داود (١٥٠/٣) كتاب الجهاد باب (١٣٧) والنسائى (٢٣٦/٧) كتاب الضحايا باب ذبائح اليهود ،والامام أحمد فى المسند (٨٦/٤) .

(٣) رواه أبو داود (١٥١/٣) كتاب الجهاد باب (١٣٨) قال الشوكانى : "وحديث ابن أبى أوفى أخرجه الحاكم والبيهقى قال ابن الصلاح فى كلامه على الوسيط هذا الحديث لم يذكر فى كتب الأصول . انظر نيل الأوطار (٢١٦/٩)" . والحق أنه ورد فى أحد كتب الأصول كما أشرت آنفا أنه قد رواه أبو داود فى سننه . والله أعلم .

(٤) رواه البخارى (٦١/٤) كتاب فرض الخمس باب (٢٠) .

لهم التناول لضاق عليهم الأمر بخلاف السلاح والدواب لأنها تستصحب غالبا فانعدم دليل الحاجة فلزم اذا استثناء الأكل من الغنيمة فى دار الحرب من الحظر للمحتاج وغير المحتاج مالم يخرجوا الى دار الاسلام فاذا خرجوا فقد ارتفعت الضرورة لأنهم يجدون فى دار الاسلام الطعام والعلف بالشراء فيثبت حكم الغنيمة فيما كان باقيا منها (١) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل الحنابلة على قولهم بجواز أكل الطعام من الغنيمة واعلاف الدواب منها قبل احرازها وعدم جواز ذلك بعد احرازها بما يلى :

انما أبيح قبل جمعه واحرازه لأنه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد فأشبه المباحات من الحطب والحشيش . فاذا حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الأكل منها الا لضرورة وهو أن لايجدوا مايأكلون فحينئذ يجوز لأن حفظ نفوسهم ودوابهم أهم وسواء حيزت فى دار الحرب أو فى دار الاسلام (٢) .

---

(١) المبسوط (٣٤/١٠)،تبيين الحقائق (٢٥٢/٣)،كتاب السير من الحاوى (٨٢٩/٣)،فتح البارئ (٢٤١/١٢) .

ومما ينبغى التنبيه عليه أن الحنفية يرون أن الملك لايثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام وبناء على ذلك لايجوز قسمة الغنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام قال فى شرح فتح القدير: "واسْتُدِلَّ على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام فى دارالحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ماتلف من الغنيمة قبل الاحراز (٤٧٩/٥) وقال فى العناية:"وكذا لو أتلف أحدهم شيئا فى دار الحرب لم يضمن" (٤٧٨/٥) على هامش شرح فتح القدير وانظر فى ذلك تبيين الحقائق (٢٥٠/٣) ، المبسوط (٣٣/١ - ٣٦)،وانظر أيضا الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٨/٥)،وجاء فى أحكام القرآن للجصاص (٢٣٨/٤) " قال أبو بكر الأصل فى ذلك عند أصحابنا أن الغنيمة انما يثبت فيها الحق بالاحراز فى دار الاسلام ولايُمَلَّكُ الا بالقسمة وحصولها فى أيديهم فى دار الحرب لايُثْبِتُ لهم فيها حقا .... فكذلك سائر مايحصل فى أيديهم قبل خروجهم الى دار الاسلام لم يَثْبُتْ لهم فيه حق الا بالحيازة فى دارنا" .

(٢) المغنى (٢٨٥/٩)،شرح منتهى الارادات (١٠٩/٢) .

ثالثا : أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل ابن حزم الظاهرى على قوله إنّ كل مايمكن حمله من الغنائم الى دار الاسلام فحرام على المسلمين تناوله الا ما اضطروا اليه بما روى رافع بن خديج عن جده قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بذى الحليفة فأصاب الناس جوعا فأصابوا ابلا وغنما والنبى صلى الله عليه وسلم فى أخريات الناس فعجلوا فذبحوا ونصبوا القدور فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقدور فأكفئت ثم قسم فعدل عشر من الغنم ببعير "[(١)] .

قال ابن حزم فلم يبح لهم أكل شئ اذ قد كانت القسمة قد حَضَرَتْ فيصل كل ذى حق الى حقه[(٢)] .

المناقشة والترجيح :

حمل الحنابلة[(٣)] بعض الأحاديث التى استدل بها أصحاب القول الأول على اباحة تناول الطعام من الغنيمة قبل الاحراز ومن الأحاديث التى استدل بها

---

(١) رواه البخارى (٣٧/٤) كتاب الجهاد باب (١٩١)، مسلم (١٥٥٨/٣) كتاب الأضاحى باب (٤)، الترمذى (١٥٣/٤) كتاب السير باب (٤٠)، أبوداود (٢٤٧/٣ - ٢٤٨) كتاب الأضاحى باب (١٥)، ابن ماجه (١٠٤٨/٢) كتاب الأضاحى باب (٦)، النسائى (١٩٢/٧) كتاب الصيد باب الانسية تتوحش .

(٢) المحلى (٥٧١/٧) .

(٣) هذا الحمل الذى أشرت اليه لم يصرح به الحنابلة وانما استدلالهم بهذه الأحاديث على قولهم يفيد ذلك جاء فى المنتهى وشرحه (١٠٩/٢) : ومن أخذ طعاما ولو سكرا ونحوه كحلواء ومعاجين أو أخذ علفا ولو بلا اذن أمير ولاحاجة فله أكله وله اطعام سبى اشتراه ونحوه وغلامه وله علف دابته ولو كانت للتجارة لحديث عبد الله بن أبى أوفى ..... الى أن قال : ولايجوز لأحد أخذ شئ مطلقا من طعام أو غيره فى دار اسلام أو حرب مما أحرز من الغنيمة الا لضرورة " . وانظر مثل ذلك فى كشاف القناع (٦٧/٣) .

أصحاب القول الأول ثم استدل بها الحنابلة على قولهم هذا حديث البخاري (١)
عن عبدالله بن عمر : كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب ..." الحديث
وحديث عبدالله بن أبى أوفى قال : أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل
يأخذ منه ثم ينصرف . (٢)

والذى يظهر لى - والله أعلم - ضعف استدلال الحنابلة بهذين
الحديثين على قولهم لأنه ليس فيهما مايشير لامن قريب ولامن بعيد على
أن اباحة أكل الطعام خاص فيما قبل احراز الغنيمة بل دلالتها قوية على
ماذهب اليه أصحاب القول الأول من اباحة تناول طعام الغنيمة فى
دار الحرب ،مطلقا لأنها مظنة الحاجة .

ثم ان تقييد الحنابلة اباحة الأكل من طعام الغنيمة بعد احرازها
بالضرورة لاتدل عليه الأحاديث التى ذَكَرْتُ أن الصحابة رضوان الله عليهم
كانوا يأكلون من طعام الغنيمة بل كان الرجل منهم يأتى الى الغنيمة
فيأخذ مايكفيه منها ثم ينصرف كما فى حديث عبدالله بن أبى أوفى
ولم يشر الى أنه اذا كان محتاجا أو مضطرا .

أما استدلالهم بالمعقول على عدم جواز الأكل من الغنيمة بعد
احرازها لأنها أصبحت ملكا للغانمين فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر
أملاكهم ومن المتفق عليه عدم جواز الأكل من مال الغير الا باذنه
أو لضرورة لورود الأدلة الشرعية الصحيحة بذلك .

والذى يظهر لى - والله أعلم - أن مسألتنا مخصوصة (٣) من هذا العموم
بالأحاديث الواردة والتى استدل بها أصحاب القول الأول .

---

(١) سبق تخريجه (ص ٢٨٧)
(٢) سبق تخريجه (ص٢٨٧) .
(٣) قال الخطابى : "لاأعلم خلافا بين الفقهاء فى أن الطعام لايُخَمَّسُ فى جملة مايُخَمَّسُ من الغنيمة وأن لواجده أكله مادام الطعام فى حد القلة وعلى قدر الحاجة ومادام صاحبه مقيما فى دار الحرب ،وهو مخصوص من عموم الآية ببيان النبى صلى الله عليه وسلم كما خص منها السلب وسهم النبى صلى الله عليه وسلم والصَّفِيّ". معالم السنن (٤٩/٣)ويَقْصِدُ بعموم الآية قوله تعالى : " وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ...الآية" الأنفال : ٤١

وأما قَصْرُ الحنابلة اباحة التناول من الغنيمة على الطعام والعلف فقط دون الحيوان فهو وجيه جدا لأن الحديث الذى استدلوا به من رواية أبى داود عن رجل من الأنصار صحيح كما سبقت الاشارة الى ذلك وقد قال عنه الشوكانى : " سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجال اسناده موثوقون" (١) .

وأما استدلال ابن حزم بحديث رافع بن خديج على قوله : انه لايجوز الأكل من الغنيمة مطلقا الا للضرورة أو اذا كان لايمكن حملها . فقد أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأن الرسول صلى الله عليه وسلم انما أمر باراقة القدور لأنهم كانوا قد انتهوا الى دار الاسلام وأصحاب القول الأول يقولون بذلك وهو أنه انما يباح تناول الغنيمة اذا كانوا فى دار الحرب لأنها مظنة الحاجة لصعوبة استصحاب الطعام والعلف وعدم امكان الشراء فاذا انتهوا الى دار الاسلام فقد انتفت الحاجة فعاد الأمر الى الحظر . وعند شرح هذا الحديث يقول النووى : " وانما أمر باراقتها لأنهم كانوا قد انتهوا الى دار الاسلام والمحل الذى لايجوز فيه الأكل من مال الغنيمة المشتركة فان الأكل من الغنائم قبل القسمة انما يباح فى دار الحرب" (٢) .

وقال ابن حجر : " وقال المهلب انما أكفأ القدور ليعلم أن الغنيمة انما يستحقونها بعد قسمته لها وذلك أن القصة وقعت فى دار الاسلام لقوله فيها بذى الحليفة " (٣) .

أو يحمل هذا الحديث على أنهم قد ذبحوها بغير اذن الامام قال الشوكانى : " وقد اُسْتُدِلَّ على أن المنع من ذبح الحيوانات المغنومة بغير اذن الامام بما فى الصحيح من حديث رافع بن خديج فى ذبحهم الابل التى أصابوها لأجل الجوع وأمر النبى صلى الله عليه وسلم باكفاء القدور . قال المهلب : انما أكفأ القدور لِيُعْلَمَ أن الغنيمة انما يستحقونها بعد القسمة" (٤) .

---

(١) نيل الأوطار (٢١٨/٩) .
(٢) شرح صحيح مسلم (١٢٦/١٣) .
(٣) فتح البارئ (١٦٢/١٢) .
(٤) نيل الأوطار (٢١٩/٩) .

وقال ابن حجر : " وموضع الترجمة منه أمره صلى الله عليه وسلم باكفاء القدور فانه مشعر بكراهة ماصنعوا من الذبح بغير اذن" [(١)] .

قلت : وهذا يُقَوِّي ماذهب اليه الحنابلة من أن الحيوانات لايجوز ذبحها من الغنيمة الا اذا أذن الامام فيها أو قسمها.

وأما قول ابن حزم فى حديث عبدالله بن مغفل فى جراب الشحم : وهذا خبر قد رويناه بزيادة بيان كما روينا من طريق محمد بن عبدالملك بن أيمن نا أحمد بن زهير بن حرب نا عفان بن مسلم ومسلم بن ابراهيم قالا : نا شعبة عن حميد بن هلال عن عبدالله بن مغفل قال : " كنا محاصرى خيبر فدلى الينا جراب فيه شحم فأردت أن آخذه ونوينا أن لانعطى أحدا منه شيئا فالتفتُّ فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم خلفى يبتسم فاستحييت أن آخذه " .

فوجه استدلال ابن حزم أن عبدالله بن مغفل رضى الله عنه قد استحى من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأخذه [(٢)] .

أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأنه ليس هذا موضع الشاهد فقال ابن حجر : "وموضع الحجة منه عدم انكار النبى صلى الله عليه وسلم [(٣)] بل فى رواية مسلم مايدل على رضاه فانه قال فيه : فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم مبتسما، وزاد أبو داود الطيالسى فى آخره : فقال هو لك" [(٤)] وكأنه عرف شدة حاجته اليه فسوغ له الاستئثار به .

فالمهم فى هذه المسألة عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم ولو كان ذلك محظورا لأنكر عليه ولم ينقل ذلك فى الحديث بل نقل مايخالفه وهو مايدل على اقراره له صلى الله عليه وسلم فلزم أن يكون مباحا .

وأما ماذكره عن حديث ابن عمر من أنه يحمل على أنهم لايستطيعون

---

(١) فتح البارئ (١٦٢/١٢) .

(٢) المحلى (٥٧٢/٧) .

(٣) فتح البارئ (٢٤١/١٢ - ٢٤٢) .

(٤) قال ابن الملقن : " قال ابن القطان اسنادها صحيح انظر تحفة المحتاج الى أدلة المنهاج (٥١٢/٢)، وقال ابن حجر : " زاد الطيالسى فى مسنده باسناد صحيح فقال هو لك " انظر التلخيص الحبير (١٢٥/٤) .

حمل العسل والعنب فاذا لم يستطيعوا حمله جاز لهم أكله لأن أكله خير من افساده أو تركه (١) .

فيمكن أن يجاب عن ذلك بأن الحديث ليس فيه دلالة على هذا الاحتمال وهو بعيد فى نظرى والله أعلم .

وبعد هذا العرض لأقوال العلماء فى مسألة حكم الأكل من الغنيمة وأدلتهم على ماذهبوا اليه ومناقشتها يظهر لى والله أعلم مايلى :

(أ) رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء من جواز الأكل من طعام الغنيمة واعلاف الدواب فى دار الحرب لأنها مظنة الحاجة دون دار الاسلام ،وذلك لصحة ما استدلوا به من الأثر والنظر .

(ب) رجحان ماذهب اليه الحنابلة من عدم جواز ذبح الحيوانات التى تستخدم للأكل وغيره كالابل والبقر والغنم الا فى حال الضرورة أو فى حال اذن الامام بالذبح وذلك لقوة مااستدلوا به من الأثر والنظر أيضا .

ومما ينبغى التنبه اليه فى هذه المسألة أن الأصل فى الأخذ من الغنائم الحرمه لأن الأخذ من الغنيمة يُعَدُّ من الغلول المحرم الذى ورد الشرع فى التشديد فيه وسواء كان المأخوذ قليلا أو كثيرا وقد خُصَّ الطعام من عموم النهى بالأحاديث الصحيحة الواردة فلزم الاقتصار على ذلك وقد أشار الى ذلك ابن المنذر فيما نقله عنه ابن حجر فقد قال : "وقال ابن المنذر : قد وردت الأحاديث الصحيحة فى التشديد فى الغلول واتفق علماء الأمصار على جواز أكل الطعام . وجاء الحديث بنحو ذلك فليقتصر عليه وأما العلف فهو فى معناه" (٢) .

---

(١) المحلى (٥٧٢/٧) .

(٢) فتح البارئ (٢٤١/١٢) .

الباب الثالث

أحكام تلف الأموال في العقود الشرعية

وفيه خمسة فصول :

الباب الثالث

أحكام تلف الأموال فى العقود الشرعيـــــة

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال فى عقود المعاوضـــات

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف الأموال فى عقد البيـــع

المطلب الأول : فى تلف المبيع قبل القبض وبعده فى البيع الصحيح اللازم وأثر ذلك علـــى العقـــد

مما لاخلاف فيه بين الفقهاء أن تلف المبيع واتلافه بعد قبض المشترى له لايؤثر فى عقد البيع ولاتترتب عليه أحكام سوى وجوب الضمان علـــى المتلف للمشترى كسائر المتلفات ،فبمجرد القبض للمبيع يستقر البيـــع ويصبح المبيع مالا من مال المشترى فاذا طرأ عليه تلف أو اتلاف فهـــو كسائر أمواله ٠ الا ما استثناه المالكية والحنابلة فى الجائحة تصيـــب الثمار وما انفرد به المالكية من القول فى تلف الرقيق زمن العهده وسوف نشير الى ذلك ان شاء الله تعالى فى هذا المطلب ٠ واستثنى الحنفيـــة أيضا ما اذا كان الاتلاف قد حصل من البائع بعد قبض المشترى للمبيع وكـان للبائع حق حبس المبيع واسترداده مثل أن يكون المشترى قد قبض المبيـــع بغير اذنه والثمن حال ولم ينقده المشترى للبائع فان هذا اتلاف مؤثـــر فى عقد البيع ولو بعد قبض المشترى بحيث يبطل البيع ويسقط الثمن عـــن المشترى اذا كان الاتلاف كليا ٠ أما اذا كان جزئيا فان البيع ينفسخ فـى

قدر المتلف ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لأنه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر فى ضمانه فيسقط قدره من الثمن . ولاينفسخ العقد فى الباقى ويجب على المشترى دفع حصته من الثمن ولو تلف هذا الباقى فانه يتلف فى ضمان المشترى الا اذا كان التلف بسراية جناية البائع فيصير البائع مستردا ويسقط عن المشترى جميع الثمن لأن تلف الباقى حصل مضافا الى فعله (١) .

هذا ما استثناه الحنفية من هذا الأصل المتفق عليه . ومادام التلف والاتلاف بعد القبض لاأثر له على العقد فنكتفى بهذه الاشارة ونتكلم عن التلف والاتلاف قبل القبض لأن له تأثيرا على العقد .

وقد اختلف مفهوم القبض فى عقد البيع بين فقهاء المذاهب ويرجع هذا الاختلاف الى عدم وجود حد للقبض فى الشرع فكان الرجوع فيه الى العرف والعادة فهما اللذان يحددان مايعتبر قبضا ومالايعتبر وقد صرح بعض الفقهاء بذلك فقد جاء فى روضة الطالبين (٢) : " والقول الجُمْلِيّ فيه أن الرجوع فيما يكون قبضا الى العادة ويختلف بحسب اختلاف المال" .

وقال الشربينى (٣) : "ثم شرع فى بيان القبض والرجوع فى حقيقته الى العرف فيه لعدم مايضبطه شرعا أو لغة كالاحياء والحرز فى السرقة ... لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاما ولم يبينه ولاله حد فى اللغة فَرُجِعَ فيه الى العرف " .

وقال ابن قدامة (٤) : " ولأن القبض مطلق فى الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالاحراز والتَّفَرُّق والعادة فى قبض هذه الأشياء ماذكرنا" .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) : "ومالم يكن له حد فى اللغة ولافى الشرع فالمرجع فيه الى عرف الناس كالقبض " .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٢٤٣/٧)، المبسوط (١٧٦/١٣ - ١٧٧)، الفتاوى البزازية (٥٠٠/٤ - ٥٠١)، روضة القضاة المجلد الأول (ص ٣٩٤) .

(٢) (٥١٤/٣) .

(٣) مغنى المحتاج (٧١/٢) .

(٤) المغنى (٨٥/٤) .

(٥) القواعد النورانية (ص ١١١)، مجموع الفتاوى (٣٤٥/٢٠) .

بناء على ذلك فقد رأى الحنفية (١) أن المراد بالقبض هو التخلية وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه • واعتبروا التخلية قبضا حكميا كافيا لنقل الضمان بخلاف جواز التصرف فانه يشترط له القبض الكامل لورود النهى عن بيع مالم يقبض مطلقا والقبض المطلق هو القبض الكامل •

ومرادهم بالقبض الكامل أو التَّام هو استيفاء المقدرات بما بيعت به من كيل أو وزن أو ذرع أو عد •

وقد اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة مع الحنفية على أن التخلية قبض فى العقار وهو مالايمكن نقله وتحويله كالأرض والدور والغرس والثمرة • فقد جاء فى مختصر خليل وشرحه للدردير (٢) : "وقبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر بالتخلية بينه وبين المشترى وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح ان وجدت وان لم يُخْلِ البائع متاعه منها ان لم تكن دار سكنى وأما هى فإنَّ قبضها بالاخلاء ولايكفى التخلية" •

وجاء فى روضة الطالبين (٣) : "ان كان مما لاينقل كالأرض والدور فقبضه بالتخلية بينه وبين المشترى وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح اليه ولايعتبر دخوله وتصرفه فيه ويشترط كونه فارغا من أمتعة البائع فلو باع دارا فيها أمتعة للبائع تَوَقَّفَ التسليم على تفريغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش" •

وجاء فى الاقناع وشرحه للبهوتى (٤) : "ويحصل القبض فيما عدا ذلك ٠٠٠من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه كالثمر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أى حائل بأن يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها

---

(١) بدائع الصنائع (٣٢٤٨/٧ - ٣٢٤٩،٣٢٥١)،وراجع الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٦١/٤) •
(٢) الشرح الكبير (١٤٤/٣ - ١٤٥) •
(٣) (٥١٤/٣) •
(٤) كشاف القناع (٢٣٥/٣ - ٢٣٦) •

ونحوه وان كان فيها متاع للبائع قال الزركشي : ... عملا بالعرف " .

وأما مايمكن نقله وتحويله كالثياب والحيوانات ونحوه فلا تكفي التخلية لاعتبار القبض بل لابد من نقله وتحويله عن مكانه الذي ابْتِيعَ فيه خلافا للحنفية[1] .

ومما خالف فيه جمهور الفقهاء الحنفية أيضا أن مافيه حق توفية وهو مابيع بالوزن أو الكيل أو العَدّ أو الذرع فإن قبضه يكون بوزنه أو كيله أو عده أو ذرعه[2] وهو القبض الكامل عند الحنفية وقد ذكرنا آنفا أن الحنفية لايشترطون القبض الكامل لنقل الضمان بل يكفي القبض الحكمي وهو التخلية في نقل الضمان .

هذه لمحة موجزة عن مفهوم القبض لدى الفقهاء . فاذا تلف المبيع قبل قبض المشتري له وكان البيع باتا فقد اختلف الفقهاء في أثر هذا التلف على عقد البيع وهذا ناشئ عن اختلافهم في ضمان المبيع هل يكون على المشتري بمجرد العقد أو يكون على البائع حتى يقبضه المشتري اختلفوا في ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية[3] والشافعية[4] الى أن المبيع في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري بمعنى انفساخ البيع بتلفه كليا وثبوت الخيار للمشتري بتلفه

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشرح الكبير (١٤٤/٣)،جواهر الاكليل (٥١/٢)،روضة الطالبين (٥١٧/٣-٥١٨)،مغني المحتاج (٧٢/٢)،كشاف القناع (٢٣٤/٣)، الانصاف (٢٦٩/٤ - ٤٧١)، المغني (٨٥/٤) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٢٣٥/٧ - ٣٢٣٦،٣٢٣٨،٣٢٤٠،٣٢٤٢)،جامع الفصولين (٣٥٣/١)،رد المحتار (٥٦٠/٤،٥٦٦)، الفتاوى البزازية (٥٠٠/٤)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ٣٩١ - ٣٩٢) .

(٤) مغني المحتاج (٦٥/٢ - ٦٨)،نهاية المحتاج (٧٦/٤ - ٧٧،٨٠،٨٣ - ٨٤)، روضة الطالبين (٤٩٩/٣ - ٥٠٠،٥٠٤ - ٥٠٥)، المهذب (٣٩١/١)، الأم (٦٠/٣)

جزئيا[(١)] . وفيما يلى نعرض رأى الحنفية والشافعية فى حالتى التلف والاتلاف والآثار المترتبة عليها بالتفصيل .

الحالة الأولى : تلف المبيع قبل قبضه تلفا كليا :

تلف المبيع قبل قبضه لايخلو أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل البائع أو المشترى أو هما معا أو بفعل أجنبى :

يرى الحنفية والشافعية أن المبيع اذا تلف بآفة سماوية أو بفعل البائع فان عقدَ البيع ينفسخ لتعذر القبض لأن العقد لو بقى أوجب مطالبة المشترى بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن فى بقاء العقد فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشترى لأن انفساخ البيع يعنى ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن .

وكذلك الحال مالو كان تلفه بفعل المبيع بأن كان عبدا أوحيوانا فقتل نفسه عند الحنفية .أو كان بفعل أجنبى وكان اتلافه له بحق أو كان حربيا عند الشافعية .

أما اذا أتلفه الأجنبى بغير حق ولم يكن حربيا فالشافعية يتفقون مع الحنفية فى أن البيع لاينفسخ لقيام البدل مقام المبيع واذا لم ينفسخ البيع فالمشترى بالخيار قال الحنفية لأن المبيع قد تعين فى

---

(١) هذا بالنسبة لعين المبيع أما الزوائد فانها تكون أمانة فى يد البائع حتى يقبضها المشترى ولاضمان عليه بتلفها من غير تعد أو تفريط وان كان أصلها مضمونا على البائع والفرق بينهما عند الشافعية أن ضمان الأصل بالعقد عليه ولم يوجد العقد فى الزوائد . أما الحنفية فهى وان كانت الزوائد مبيعة عندهم فان حكم العقد ثبت فيها تبعا لأصلها وليست مقصودة بالبيع بمنزلة أطراف الأم والأطراف كالأوصاف لايقابلها شئ من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية بناء على ذلك فانها اذا تلفت بآفة سماوية لايسقط شئ من الثمن واذا أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن عن المشترى كما لو أتلف جزءا من المبيع . ولو أتلفها المشترى يصير قابضا لها بالاتلاف وان أتلفها الأجنبى فانه يضمنها بلا خلاف .
راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٣٢٧٦/٧ - ٣٢٧٨)،مغنى المحتاج (٦٦/٢) روضة الطالبين (٤٩٩/٣) .

ضمان البائع لأنه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار للمشترى . فان شاء المشترى فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع ويتبع البائع الجانى فيضمنه مثله ان كان من ذوات الأمثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال . وان شاء المشترى اختار البيع فيتبع الجانى بضمان البدل وهو المثل أو القيمة .

أما اذا كان المتلف للمبيع قبل القبض هو المشترى فيرى الحنفية والشافعية أن عقد البيع لاينفسخ وعلى المشترى ثمن المبيع لأنه بالاتلاف صار قابضا لكل المبيع قال الحنفية لأنه لايمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن .

وهذا الحكم عند الشافعية قياسا على اتلاف المالك المغصوب فى يد الغاصب فان الغاصب يبرأ من الضمان تقديما للمباشرة فى أصح القولين سواء علم المالك أنه أتلف ملكه أو لم يعلم .

الاأن الشافعية قد اشترطوا لاعتبار اتلاف المشترى قبضا أن يكون المشترى أهلا للقبض وأن لايكون اتلافه لعارض يبيح الاتلاف مثل أن يصول عليه .

فان كان المشترى حين الاتلاف غير أهل للقبض بأن كان مجنونا مثلا وقد اشتراه قبل جنونه فالقياس أن اتلافه ليس بقبض الاأن عليه البدل وعلى البائع رد الثمن ان كان باقيا ورد بدله ان كان تالفا .

أما اذا كان التلف قد حصل بفعل البائع والمشترى معا قبل القبض فقد ذكر الشافعية أن البيع ينفسخ فى نصفه ويلزم فى نصفه الآخر بناء على أن اتلاف البائع كالآفة السماوية واتلاف المشترى قبض ويسقط الخيار الذى كان للمشترى فى حال تلفه بآفة سماوية لأن البيع قد لزمه بجنايته واتلافه فلا ينفسخ .

الحالة الثانية : <u>تلف المبيع قبل قبضه تلفا جزئيا</u> :

تلف بعض المبيع قبل قبضه كتلفه كله لايخلو أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى :

وقد فرّق الحنفية فى حالة تلف بعض المبيع بآفة سماوية ، بين ما اذا كان النقصان الحاصل بسبب التلف نقصان قدر ، أو نقصان وصف .

فقالوا : ان كان نقصان قدر بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا فان العقد ينفسخ بقدر التالف وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شئ من الثمن . وتلف كل المعقود عليه يوجب الانفساخ فى الكل وسقوط كل الثمن . فتلف بعضه يوجب انفساخ البيع فيه بقدر التالف .

واذا انفسخ البيع فى التالف فالمشتري بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه .

هذا اذا كان نقصان قدر فان كان نقصان وصف : وهو كل مايدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الأرض وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون . فان العقد لاينفسخ أصلا ولايسقط عن المشترى شئ من الثمن لأن الأوصاف لاحصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية فانها حينئذ تصير مقصودة .

لكن المشترى فى هذه الحالة بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض . وقد ألحق الحنفية بذلك ما اذا تلف بعض المبيع بفعل نفسه فان جناية المبيع على نفسه هدر فصار كما لو تلف بآفة سماوية فلو كان المبيع حيوانا فانقطع طرفه بفعل نفسه فهذا يعتبره الحنفية نقصان وصف حصل بفعل المبيع وفعله هدر كالآفة السماوية ونقصان الوصف بآفة سماوية لايقابل بثمن والمشترى فى هذه الحالة بالخيار بين أخذه بجميع الثمن ناقصا أو أن يفسخ العقد لتعيب المبيع قبل القبض .

هذا هو رأى الحنفية بالنسبة لتلف بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية . أما الشافعية فقد قالوا : اذا تلف بعض المبيع بآفة سماوية قبل القبض فلا ينفسخ عقد البيع ويكون المشترى بالخيار بين أن يجيز البيع ويكون عليه بجميع الثمن كما لو كان العيب مقارنا للعقد ولاأرش له لقدرته على الفسخ . وان شاء فسخ العقد لتعيب المبيع

قبل القبض ٠

هذا رأى الحنفية ا الشافعية فى تلف بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية أما اذا تلف بفعل آدمى :

فان كان المشترى : فلا ينفسخ العقد ويلزمه البيع ولايسقط عنه شىء من الثمن لأنه صار قابضا للكل باتلاف البعض ٠ لأنه لايتمكن من اتلاف البعض الا باثبات يده على الكل وهو تفسير القبض ٠

وان كان بفعل البائع : فقال الحنفية : ينفسخ العقد بقدر التالف ويسقط عن المشترى حصة التالف من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا للبعض بالكل وسواء كان نقصان قدر أو وصف ٠ ووجه الفرق عند الحنفية بين تلفه بآفة سماوية واتلاف البائع فى أن حالة نقصان الوصف فى الآفة السماوية لايسقط عن المشترى فيها شىء من الثمن بخلاف التلف بفعل البائع فالفرق هو أن الأوصاف فى حال ورود الجناية عليها تصير أصلا بهذه الجناية والأصل يقابله شىء من الثمن فكذلك الأوصاف ٠

واذا انفسخ البيع فى التالف فالمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ٠

والمذهب عند الشافعية ثبوت الخيار للمشترى لأن فعل البائع كالآفة السماوية أو كفعل الأجنبى وكلاهما مثبت للخيار قطعا فان شاء المشترى فسخ العقد وان شاء أجاز بجميع الثمن كما لو كان العيب مقارنا للعقد ولا أرش له للنقص لأنه قد رضى به ناقصا مع قدرته على الفسخ ٠

وان كان تلف البعض حصل بفعل أجنبى فقول الحنفية والشافعية فى ذلك مثل قولهم فى اتلاف الأجنبى لكل المبيع وقد ذكرناه آنفا ٠

القول الثانى :

ذهب المالكية [1]

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٤٦/٣ – ١٥١)، جواهر الاكليل (٥١/٢)، ومابعدها، المنتقى (٢٥٠/٤ – ٢٥١)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٧/٢ – ٣٨)، بداية المجتهد (١٦١/٢)، حاشية العدوى على شرح أبى الحسن للرسالة (١٤٨/٢) ٠

والحنابلة[(١)] والظاهرية[(٢)] الى أن البيع متى كان صحيحا فان المبيع يدخل في ضمان المشترى بمجرد العقد ولو لم يقبضه بمعنى أنه لو تلف بعد تمام العقد وقبل القبض يتلف من ماله واستثنى المالكية والحنابلة بعض حالات يكون المبيع فيها من ضمان البائع حتى يقبضه المشترى ٠

فقد استثنوا : مافيه حق توفيه وهو المكيل والموزون والمعدود والمذروع اذا بيع كيلا أو وزنا أو عدا أو ذرعا فانه لايدخل فى ضمان المشترى الا بالقبض ٠ فاذا تلف فانه يتلف فى ملك البائع ومن ضمانه ٠

وكذلك المبيع بصفة أو رؤية متقدمة فانه يكون فى ضمان البائع حتى يقبضه المشترى ٠

وكذلك الثمار المبيعة بيعا صحيحا على أصولها بعد الطيب فضمانها على بائعها قال المالكية الى وقت أمن الجائحة وأمنها يتناهى الطيب وقال الحنابلة الى وقت الجذاذ ٠ وضمان الثمار يكون من بائعها عند المالكية والحنابلة بالنسبة للجائحة فقط وأما غيرها فمن المبتاع بمجرد العقد وسوف يأتى مزيد بيان لهذه المسألة ان شاء الله تعالى ٠

وانفرد المالكية فقالوا يستثنى كذلك : المبيع فى عهدة الثلاث[(٣)]

---

(١) كشاف القناع (٣/٢٣٠ - ٢٣١)، الانصاف (٤/٤٦٤،٤٦٦،٤٧٢)، المغنى (٤/٨٢ - ٨٥)، القواعد (ص ٧٤ - ٧٥)، المحرر (١/٣٢٢)، شرح منتهى الارادات (٢/١٨٨)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٩/٤٠٤،٥٠٧) ٠

(٢) المحلى (٩/٣٤٣) ٠

(٣) العهدة لغة : الالزام والالتزام واصطلاحا تعلق المبيع بضمان البائع مدة معينة وهى قسمان عهدة سنة وهى طويلة الزمان قليلة الضمان وعهدة ثلاث وهى قليلة الزمان كثيرة الضمان ٠ انظر الشرح الكبير (٣/١٤١) والعهدة ليست الاعند المالكية ومحلها فى الرقيق خاصة دون سائر المبيعات والأصل فيها ماروى الامام مالك فى الموطأ (٢/٦١٢) كتاب البيوع باب (٣) عن عبدالله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أَبَانَ بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة قال مالك ماأصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة فهو من البائع ٠ وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها" ٠ وقد ذكر الباجى رحمه الله فى المنتقى (٤/١٧٦) وجه اختصاص الرقيق =

فانه يكون فى ضمان البائع حتى تنقضى الأيام الثلاثة ثم يبرأ من ضمانه ويكون فى ضمان المشترى .

وكذلك السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال لإتيان المشترى به أو للاشهاد على تسليمها للمشترى فانها تكون فى ضمان البائع حتى يسلمها للمشترى .

وكذلك الجارية المبيعة فى مدة المواضعة (١) فانها تكون فى ضمان البائع حتى يخرج دم الحيض والمعتمد عندهم أنه بمجرد رؤية الدم تخرج من ضمان البائع وتكون فى ضمان المشترى .

أما الظاهرية فلم يستثنوا من ذلك شيئا فقد قال ابن حزم (٢) : " وكل بيع صح وتم فهلك إثْرَ تمام البيع فمصيبته من المبتاع ولارجوع له على البائع وكذلك كل ماعرض فيه من بيع أو نقص سواء فى كل ذلك كان المبيع غائبا أو حاضرا أو كان عبدا أو أمة فَجُنَّ أو بَرِصَ أوجَذِمَ اثر تمام البيع فما بعد ذلك أو كان ثمرا قد حَلَّ بيعه فأجيح كله أو أكثره أو أقله فكل ذلك من المبتاع ولارجوع له على البائع بشىء" .

اذا تبين ذلك : فانه لاأثر لتلف المبيع على عقد البيع متى كان المبيع من ضمان المشترى أما اذا كان فى ضمان البائع كما هو الحال فى المسائل التى استثناها المالكية والحنابلة من حكم الأصل فان تلف المبيع واتلافه تترتب عليه أحكام بالنسبة للعقد وبالنسبة للبائع والمشترى وسوف نعرض رأيي المالكية والحنابلة فى آثار التلف والاتلاف بعد تمام عقد البيع اذا كان الضمان من البائع .

= بالعهدة دون سائر المبيعات فقال : "والفرق بينه وبين سائر المبيعات ماذكرنا من أن له تمييزا تكتم به عيوبه فجعلت العهدة باختبار حاله وتبين أمره ... والصحيح عندى ماذكره غيره من أن للرقيق أفهاما تخبر عن أسباب أمراضه التى يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب أمراضه تدليسا يقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه" . وقد رَدَّ ابن حزم فى المحلى (٣٤٥/٩) ومابعدها على قول المالكية بالعهدة وعرض الآثار الواردة فيها وفَنَّدها .

(١) المواضعة : أن توضع الجارية اذا بيعت على يد امرأة مُعَدَّلة حتى تحيض حيضة فان هى حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع والمواضعة لاتكون عند المالكية الافى جَوَاري الوطء خاصة أما جوارى الخدمة اللاتى لغير المتعة فلا مواضعة فيهن . راجع المنتقى (٢٠٢/٤) الكافى (٦٨/٢ - ٦٩) .

(٢) المحلى (٣٤٣/٩) .

أولا : رأى المالكية :

(أ) اذا حصل التلف بآفة سماوية :

اذا كان المبيع التالف فى ضمان البائع مما فيه حق توفيه أو ثمارا قبل أمن جائحتها أو مواضعة أو غائبا معينا (١) وتلف كله فان العقد ينفسخ بهذا التلف ولايلزم البائع الاتيان بغير المعين المعقود عليه ،هـذا اذا ثبت التلف ببينة أو تصادقا عليه .

أما اذا غَيَّبَه البائع وادعى ضياعه وكَذَّبَه المشترى فان العقد لاينفسخ والمشترى بالخيار بين فسخ العقد لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التمسك ويُطَالِب البائع بمثله أو بقيمته .

أما السلعة المحبوسة عند بائعها للثمن الحال لاتيان المشترى به أو المحبوسة للاشهاد على تسليمها للمشترى فانها اذا تلفت فان البائع يضمنها ضمان الرِّهَان ولاتخيير فيها للمشترى .

فيفرق فى ذلك بين مايغاب عليه ومالايغاب عليه . فان كانت مما لايغاب عليه فلا ضمان عليه فيه اذا ادعى تلفه أو هلاكه الا أن يظهر كذبه وان كانت مما يغاب عليه ـ وهو مايمكن اخفاؤه ـ فهو فى ضمانه الا أن يقيم بينة أنه تلف بغير سببه فاذا قامت البينة فلا ضمان حينئذ (٢) .

هذا اذا تلف المبيع تلفا كليا وهو فى ضمان البائع بآفة سماوية أما اذا تعيب فقط أو تلف تلفا جزئيا فقد قال المالكية :

اذا تعيب المبيع بسماوى وهو فى ضمان البائع فان المشترى بالخيار بين الرد ويأخذ الثمن أو يتمسك بالمبيع معيبا ولاشىء له .

أما اذا تلف بعض المبيع فانه ينظر فى الباقى بعد التلف :

---

(١) هذا قيد يخرج به الغائب الموصوف الذى تعلق بالذمة كالسَّلَم فان المُسْلَمَ اليه اذا أحضر المُسْلَمَ فيه فتلف قبل أن يقبضه المُسْلِم لزمه الاتيان بمثل مافى الذمة فالكلام اذا فى المبيع المعين . راجع الشرح الكبير (١٤٧/٣)، الشرح الصغير على أقرب المسالك (٧٢/٢) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٤٦/٣) .

فان كان الباقى النصف فأكثر لزم المشترى التمسك بالباقى بحصته من الثمن لأن بقاء النصف كبقاء الجل هذا اذا تعدد المبيع . فان اتحد المبيع كعبد أو دابة والموضوع أن الباقى بعد التلف النصف فأكثر فان المشترى بالخيار بين أن يفسخ البيع ويأخذ الثمن أو يجيز البيع فى الباقى بحصته من الثمن ويرجع بحصة ماتلف .

هذا اذا كان الباقى بعد التلف النصف فأكثر أما اذا كان الباقى أقل من النصف فانه يَحْرُمُ على المشترى التمسك بذلك الباقى ويلزمه فسخ البيع ويسترد جميع الثمن من البائع وذلك لاختلال البيع بتلف جُلِّ المبيع فتمسك المشترى بباقيه كانشاء عقد جديد بثمن مجهول اذ لايعلم مايخص الباقى الا بعد تقويم الجميع ثم النظر فيما يخص كل جزء على انفراده .

وقد استثنى المالكية من ذلك المثلى فاذا كان المبيع فيه حق توفية فتلف بعضه وكان الباقى أقل من النصف فانه لايَحْرُمُ على المشترى التمسك بالباقى القليل خلافا للمتقوم لأن المثلى منابه من الثمن معلوم فليس التمسك بالباقى القليل كانشاء عقد بثمن مجهول .

بناء على ذلك اذا تلف بعض المثلى وكان الباقى أقل من النصف فان المشترى يخير بين فسخ البيع فيرد المبيع ويأخذ جميع الثمن ،واما أن يتمسك بذلك الباقى القليل بحصته من الثمن ويرجع بحصة ماتلف .

وهذا الاستثناء عند المالكية مخصوص بحالة التلف والاستحقاق فقط أما حالة التعييب مثل أن يتعيب بعض المثلى ويكون السليم أقل من النصف فهذه الحالة وان جعلها الدردير مستثناة مع التلف والاستحقاق فقال : "الا المثلى فلا يَحْرُمُ التمسك بالأقل بل يخير لكن التخيير فى الاستحقاق والتلف بين الفسخ والتمسك بالباقى بحصته من الثمن وفى التعييب يخير بين الفسخ فَيَرُدَّ الجميع وبين التمسك بجميع المبيع لابالسليم فقط بما ينوبه من الثمن" (١) .

---

(١) الشرح الكبير (١٤٩/٣) .

الا أن الدسوقى لم يرتض استثناء حالة التعيب فى المثلى مع حالة التلف والاستحقاق وعلّل ذلك بأن الدردير قد أعطى مسألة التعيب فى المثلى حكما مغايرا لحالة التلف وهو أنه لايجوز له أن يتمسك بالسليم فقط بحصته من الثمن بينما فى تلف بعض المثلي يجوز له أن يتمسك بالباقى القليل بحصته من الثمن . وهذا الحكم الذى أعطاه الدردير لحالة التعيب هو حكم المقوم اذا وجد العيب بأكثره وبقى الأقل[1] . وهذه المسألة مستثناة من هذا الحكم واذا اتحد الحكم فلا يكون للاستثناء فائدة قال الدسوقى مقررا لقول الدردير ثم مظهرا لتناقضه : " وأما فى التعيب فيخير بين فسخ البيع أى رد جميع المبيع وأخذ ثمنه . واما أن يتماسك بجميع المبيع سالما ومعيبا بكل الثمن ولايجوز أن يتماسك بذلك السالم فقط بحصته من الثمن . وهذا التخيير هو الثابت فى المقوم اذا وجد العيب بأكثره وبقى الأقل كما مَرّ فى قوله الا أن يكون الأكثر فالممنوع فيه التمسك بالباقى بحصته من الثمن فان تمسك بالباقى بجميع الثمن جاز وحينئذ فيتحد فى المعيب حكم المستثنى والمستثنى منه وهو لايصح لضياع فائدة الاستثناء"[2] .

ثم خلص الدسوقى الى تقرير ماذكرته من أن الاستثناء خاص فى تلف بعض المثلى أو استحقاقه فقط أما تعيبه فيأخذ حكم تلف المقوم فقال:

---

(١) فقد قال الدردير فى ذلك : " الا أن يكون المعيب الأكثر من النصف ولو بيسير فليس له رَدّه بحصته بل اما أن يتماسك بالجميع ،أو يَرُدّ الجميع ،أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن" .
قال الدسوقى شارحا لقول الدردير هذا : "قوله : واما أن يتماسك بالجميع" أى بجميع المبيع سليما ومعيبا بكل الثمن .قوله أو يَرُدّ الجميع أى جميع المبيع السالم والمعيب ويأخذ الثمن ،قوله أو يتماسك بالبعض . أى وهو السليم بكل الثمن ويَرُدّ البعض المعيب مجانا . أى وأمّا التماسك بالبعض السليم بما يقابله من الثمن ورد المعيب بما يَخُصّه من الثمن فهو ممنوع ولو تراضيا على ذلك لحق الله وسيأتى فى الشرح علة المنع من أن التماسك بالباقى القليل كانشاء عقد بثمن مجهول اذ لايعرفماينوب الأقل الا فى ثانى حال بعد التقويم " . انظر فى ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٣٤/٣ - ١٣٥) .

(٢) حاشية الدسوقى (١٤٩/٣) .

"فالأولى رجوع الاستثناء للتلف والاستحقاق فقط ويدل عليه عبارة ابن الحاجب اذ قال : بخلاف المثلى فيهما فقال فى التوضيح: أى فى التلف والاستحقاق فيخير المشترى فى أخذ الباقى والفسخ" (١) .

(ب) اذا حصل التلف بفعل آدمى :

اذا تلف المبيع قبل قبضه فى احدى الحالات التى يكون فيها من ضمان البائع بفعل آدمى فلا يخلو أن يكون المتلف هو المشترى أو البائع أو الأجنبى .

فان كان المتلف هو المشترى : فان اتلافه يعتبر قبضا لما أتلفه قيميا كان أو مثليا فيلزمه جميع الثمن سواء كان الاتلاف لكل المبيع أو لبعضه متى كان البيع باتا لاخيار فيه .

ومثل اتلاف بعضه تعييبه أيضا من قبل المشترى فانه يعتبر قبضا للمبيع ويلزمه جميع الثمن .

أما اذا كان المتلف للمبيع هو البائع أو الأجنبى : فان عقد البيع لاينفسخ ويغرم المتلف سواء كان بائعا أو أجنبيا قيمة المُقَوَّم ومثل المثلى . وليس فى هذا خيار للمشترى كما هو صريح المدونة نقله الدسوقى (٢) هذا اذا تلف كل المبيع . أما اذا تلف بعضه أو تعيب فان الأرش يلزم الجانى سواء كان البائع أم الأجنبى ويستوى فى اتلاف البائع والأجنبى العمد والخطأ (٣) .

---

(١) حاشية الدسوقى (١٤٩/٣) .

(٢) فقد قال : " بل كلام المدونة صريح فى خلافه ففيها فى كتاب الاستحقاق مانصُّه : ومن ابتاع من رجل طعاما بعينه ففارقه قبل أن يكتاله فتعدى البائع على الطعام فأتلفه فعليه أن يأتى بطعام مثله ولاخيار للمبتاع فى أخذه دنانيره ولو هلك الطعام بأمر من الله انتقض البيع وليس للبائع أن يأتى بطعام مثله ولاذلك عليه" . انظر حاشية الدسوقى (١٥٠/٣) .
قلت : وليس هذا نص المدونة وانما النقل بتصرف واختصار . راجع المدونة (٣٧٦/٥) .

(٣) راجع فيما سبق الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٤٦/٣ - ١٥١) ، جواهر الاكليل (٥١/٢) ومابعدها .

ثانيا : رأى الحنابلة[1] :

(أ) اذا حصل التلف بآفة سماوية :

اذا كان المبيع التالف فى ضمان البائع مثل أن يكون مما فيه حق توفيه فاما أن يتلف كله أو بعضه فان تلف كله فان البيع ينفسخ لأنه من ضمان البائع .

أما ان تلف بعضه فالمشترى بالخيار : ان شاء أخذ الباقى بقسطه من الثمن وان شاء فسخ البيع وأخذ جميع الثمن لتفرق الصفقة عليه .

(ب) اذا حصل التلف بفعل آدمى :

فى هذه الحالة لايخلو أن يكون المتلف هو المشترى أو البائع أو أجنبى :

فان كان المشترى فان اتلافه يعتبر قبضا للمبيع على الصحيح من المذهب ويستوى فى ذلك العمد والخطأ ومن ثم يستقر الثمن على المشترى فينقده للبائع ان لم يكن دفعه وان كان قد دفعه فلا رجوع له به .

وان كان المتلف البائع أو أجنبى فان البيع لاينفسخ والمشترى بالخيار بين الفسخ والامضاء فان اختار الفسخ فانه يسترد الثمن من البائع ان كان قد دفعه وللبائع مطالبة المتلف ببدله وهو المثل ان كان مثليا أو القيمة ان كان قيميا لأنه لما فسخ المشترى البيع عاد الملك للبائع فكان له الطلب على المتلف.وان اختار المشترى امضاء البيع فانه ينقد للبائع الثمن ان لم يكن دفعه ويطالب المشترى متلفه بائعا كان أو أجنبيا بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا .

وانما ثبت الخيار فى ذلك للمشترى لأن الاتلاف كالعيب فى المبيع وقد حصل فى موضع يلزم البائع ضمانه فكان للمشترى الخيار بين الفسخ والامساك كما أنه له الخيار اذا وجد المبيع معيبا .

---

(١) راجع فى ذلك كله المراجع التى سبق ذكرها للحنابلة فى بداية القول الثانى (ص٣٠١-٣٠٢) .

ووجه الفرق بين التلف بآفة سماوية فى أنه يوجب فسخ البيع وبين اتلاف الآدمى فى أنه يوجب الخيار هو أن التلف بالآفة لايقتضى الضمان بخلاف اتلاف الآدمى فان اتلافه يقتضى الضمان بالبدل وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن فكانت الخيرة فى ذلك للمشترى .

فى تحرير محل النزاع والأدلة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء فى تلف المبيع قبل قبضه واتلافه تبين أن الفقهاء فى المذاهب الأربعة متفقون على أن مافيه حق توفيه كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع ضمانه من بائعه حتى يقبضه المشترى .

والخلاف انما هو فيما ليس فيه حق توفيه كالحيوان وكالعبد الحاضر وكالثوب الحاضر ومابيع من المقدرات جزافا فهذا وماشابهه قال الحنفية والشافعية ضمانه من البائع حتى يقبضه المشترى .

وقال الحنابلة والمالكية ضمانه من المشترى بمجرد العقد .

وسبب الخلاف ذكره ابن رشد الحفيد فى قوله : " والخلاف فى هذه المسألة مبنى على : هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض ؟

فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى "[1] .

وقد استدل كل فريق على صحة ماذهب اليه بأدلة ليست صريحة فى محل النزاع وفيما يلى نعرض ان شاء الله تعالى هذه الأدلة :

أولا : دليل أصحاب القول الأول الذين قالوا بأن ضمان المبيع قبل القبض من البائع :

ماروى عمرو بن شعيب قال حدثنى أبى عن أبيه حتى ذكر عبدالله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايحل سلف وبيع ولاشرطان فى بيع ولاربح مالم يضمن ولابيع ماليس عندك "[2] .

---

(١) بداية المجتهد (١٦٢/٢)،وراجع فتح البارى (٢١١/٩) .

(٢) رواه أبو داود (٧٦٩/٣) كتاب البيوع باب (٧٠)، الترمذى(٥٢٦/٣ - ٥٢٧) كتاب البيوع باب (١٩) وقال حديث حسن صحيح،وابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب التجارات باب (٢٠)،والنسائى (٢٩٥/٧) كتاب البيوع باب سلف وبيع والامام أحمد فى مسنده (١٧٩/٢،٢٠٥) .

فالدليل هو قوله : " ولاربح مالم يضمن " (١) .

ووجه الاستدلال : هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعتبر المبيع قبل القبض فى ضمان بائعه حيث نهى المشترى أن يبيع ما اشتراه بربح قبل أن يصير مضمونا عليه ولايصير مضمونا عليه الا بالقبض .

غير أن الامام أحمد رحمه الله قد حمل هذا الحديث على مافيه حق توفيه فقد ذكر الترمذى أن اسحق بن منصور سأل الامام أحمد عن معنى نهى عن بيع مالم يضمن . فقال الامام أحمد لايكون عندى الا فى الطعام مالم يقبض . قال الترمذى : قال اسحق بن رَاهُوَيْه كما قال: فى كل مايكال ويوزن (٢) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى الذين قالوا بأن المبيع يدخل فى ضمان المشترى بمجرد العقد الا ما استثنى :

(١) ماروى البخارى (٣) فى صحيحه عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : "ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من المبتاع " (٤) .

جاء فى فتح البارئ : " قال الطحاوى : ذهب ابن عمر الى أن الصفقة اذا أدركت شيئا حيا فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشترى " .

وجاء فيه أيضا : " وقد سئل الامام أحمد عمن اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع فوجده قداحترق فقال هو من ضمان المشترى وأورد آثر

---

(١) يقول الخطابى فى معنى هذه العبارة : " وأما ربح مالم يضمن" فهو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فهى من ضمان البائع الأول ليس من ضمانه فهذا لايجوز بيعه حتى يقبضه فيكون من ضمانه" انظر معالم السنن (٧٧٠/٣)،وراجع شرح السنة للبغوى (١٤٤/٨) .

(٢) سنن الترمذى (٥٢٦/٣) . وراجع شرح منتهى الارادات (١٨٨/٢) فقد جاء فيه : " حديث نهى عن ربح مالم يضمن" . قال الأثرم سألت أبا عبد الله عنه ؟ قال هذا فى الطعام وما أشبهه من مأكول ومشروب فلا يبعه حتى يقبضه" .

(٣) (٢٣/٣) كتاب البيوع باب (٥٧) قال ابن حجر :" وهذا التعليق وصله الطحاوى والدارقطنى من طريق الأوزاعى عن الزهرى عن حمزة بن عبدالله ابن عمر عن أبيه قال فى روايته : " فهو من مال المبتاع" ،ورواه الطحاوى أيضا من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مثله لكن ليس فيه مجموعا" . انظر فتح البارئ (٢١٠/٩) .

وأخرج هذا الحديث أيضا الدارقطنى (٥٤/٣)كتاب البيوع حديث رقم (٢١٥).

(٤) حيا بمهمله وتحتانية مثقلة . انظر فتح البارئ (٢١٠/٩) وجاء فيه أيضا : "اسناد الادراك الى العقدمجاز أى ماكان عندالعقد موجودا وغير منفصل ".

ابن عمر المذكور بلفظ : فهو من مال المشترى "[١] .

وفى نظرى أن هذا النص مجمل لايدل على المطلوب ويمكن حمله على مافيه حق توفيه وهذا لاخلاف فيه أنه قبل القبض ضمانه من بائعه حتى يقبضه المشترى .

(٢) ماروى الترمذى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم : " قضى أن الخراج بالضمان "[٢] .

قال ابن قدامة : " وهذا المبيع نماؤه للمشترى فضمانه عليه "[٣] .

وفى نظرى أن هذا الاستدلال ضعيف أيضا لأنه ليس فى الحديث تصريح بالقبض وعدمه ويمكن حمله على مابعد القبض . ومما يقوى ذلك أن أبا داود قد ترجم له : " باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا "[٤] .

وترجمة الترمذى له أيضا : " باب ماجاء فيمن يشترى العبد ويَسْتَغِلُّه ثم يجد به عيبا "[٥] .

---

(١) فتح البارئ (٢١١/٩) .

(٢) سنن الترمذى (٥٧٣/٣) كتاب البيوع باب (٥٣) وقال هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروه . ورواه أيضا أبو داود (٧٧٧/٣) ، كتاب البيوع باب (٧٣) .قال الخطابى فى معالم السنن (٧٧٩/٣): "والحديث فى نفسه ليس بالقوى " .
وقد رواه أبو داود أيضا من طريق مسلم بن خالد الزنجى عن هشام ابن عروه عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها وقال : هذا اسناد ليس بذاك .
ونقل الترمذى عن الامام البخارى قوله : مسلم بن خالد الزنجى ذاهب الحديث . راجع معالم السنن (٧٧٩/٣) . ورواه ابن ماجه (٧٥٣/٢-٧٥٤) كتاب التجارات باب (٤٣) .
والامام أحمد فى مسنده (٤٩/٦) ،والحاكم فى المستدرك (١٥/٢) وقال صحيح الاسناد ووافقه الذهبى وابن حبان فى صحيحه انظر موارد الظمآن (ص ٢٧٥) باب الخراج بالضمان .
وقد حَسَّنَ هذا الحديث الألبانى انظر ارواء الغليل (١٥٨/٥) .
وقال الباجى : " وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملوا بمضمونه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقليه " . انظر المنتقى (٢٥١/٤).

(٣) المغنى (٨٥/٤) .

(٤) سنن أبى داود (٧٧٧/٣) كتاب البيوع باب (٧٣) .

(٥) سنن الترمذى (٥٧٢/٣) كتاب البيوع باب (٥٣) .

ومعلوم أن الاستعمال والاستغلال لايكون الا بعد القبض .

هذه أدلة الفريقين وهى كما ذكرت آنفا ليست صريحة فى محل النزاع وكل دليل ليس بوارد فى الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف (١) .

الا أننى أميل الى ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من أن المبيع بمجرد العقد الصحيح يكون داخلا فى ضمان المشترى الا ماقام الدليل الصحيح على أنه من ضمان البائع .

لأن البائع اذا مَكَّنَ المشترى من القبض فقد قضى ماعليه وانما المشترى هو المفرط فيكون الضمان عليه بخلاف ما اذا لم يُمَكِّنه من القبض فان هذا بمنزلة مالم يوفه اياه من الدين .

واذا لم يفعل البائع مايجب عليه من تمكين المشترى من القبض كان هو المفرط فكان الضمان عليه اذ التفريط يناسب الضمان كما أشار الى ذلك شيخ الاسلام ابن تيمية (٢) رحمه الله تعالى ،والله أعلم .

---

(١) بداية المجتهد (٣٦٧/١) .

(٢) مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩ - ٤٠٢)،(٢٣٩/٣٠) .

المطلب الثانى : فى استثناء المالكية والحنابلة من حكم التلف المتفق عليه بعد قبض المبيع .

الجائحة تصيب الزروع والثمار :

سبق أن ذكرنا فى مقدمة المطلب السابق أن الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية متفقون على أن المبيع اذا تلف بعد قبض المشترى له لايضمنه البائع وانما مصيبته من المبتاع كسائر أمواله وأَلْمَحْنَا هناك الى أن المالكية والحنابلة قد استثنوا الزروع والثمار فقالوا هي فى ضمان البائع الى وقت أمن الجائحة بتناهى الطيب وهذا عند المالكية والى وقت الجذاذ عند الحنابلة .

وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وهو قول الامام الشافعى الجديد وتبعهم الظاهرية . فقالوا ان الثمرة تنتقل من ضمان البائع الى ضمان المشترى بمجرد القبض . وهو التخلية بين المشترى وبين الثمرة ،يقول الطحاوى (1) : "وكان المشترى لِتَخْلِيَةِ البائع بينه وبين ثمرة النخل قابضا له وان لم يقطعه فهذا وجه .

ووجه آخر : أنا رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الطعام حتى يقبض وأجمع المسلمون على ذلك وكانت الثمار فى ذلك داخلة باتفاقهم وأجمعوا أن المشتري لها لو باعها فى يد بائعها كان بيعه باطلا ولو باعها بعد أن خلى بينه وبينها ولم يقطعها كان بيعه جائزا فصار قابضا لها بتخلية البائع بينه وبينها قبل قطعه اياها فثبت بذلك أن قبض المشترى المعلقة فى رؤوس النخل هو بتخلية البائع بينه وبينها وامكانه اياه منها فاذا فعل ذلك به فقد صارت فى يده وضمانه وبرئ منها البائع . فما حدث فيها من جائحة أتت عليها كلها

---

(1) شرح معانى الآثار (٣٦/٤) ،وراجع الأم (٣/٥٠ – ٥٢)،شرح النووى على صحيح مسلم (٢١٦/١٠)،شرح السنة للبغوى (١٠٠/٨)،روضة الطالبين (٥٦٢/٣) .

أو على بعضها فهى ذاهبة من مال المشترى لامن مال البائع وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمة الله عليهم أجمعين" .

قال ابن حزم : "وقولنا فى هذا هو قول أبى حنيفة وسفيان الثورى وأبى سفيان وأحد قولى الشافعى وقول جمهور السلف "[(١)] .

ومنشأ الخلاف بين جمهور الفقهاء وبين المالكية والحنابلة ينحصر فى أمرين :

(الأول) فى مفهوم القبض الناقل للضمان .

(الثانى) فى الدليل الوارد فى وضع الجوائح فانه لم يثبت عند الامام الشافعى أما الحنفية والظاهرية فانه ثابت عندهم ولكنه مؤول .

وفيما يلى نعرض رأى كل فريق ودليله ومناقشة هذا الرأى :

أولا : اختلافهم فى القبض الناقل للضمان :

فالحنفية[(٢)] والشافعية[(٣)] والظاهرية[(٤)] يرون أن قبض الثمار فى أصولها يحصل بالتخلية بين المشترى وبينها . ولو لم تكن التخلية قبضا لما جاز أن يتصرف المشترى فى الثمار بالبيع وغيره من أنواع التصرفات لأن التصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز .

ونوقش ذلك بأن التخلية ليست قبضا تاما يصلح لنقل الضمان من البائع الى المشترى فى الثمار بخلاف غيرها من الأصول فان تخلية كل شىء بحسبه يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " وأما استدلالهم بأن القبض هو التخلية فالقبض مرجعه الى عرف الناس حيث لم يكن له حد فى اللغة ولافى الشرع وقبض ثمر الشجر لابد فيه من الخدمة والتخلية المستمرة الى كمال الصلاح بخلاف مجرد الأصول وتخلية كل شىء بحسبه ودليل ذلك

---

(١) المحلى (٣٥٢/٩) .
(٢) شرح معانى الآثار (٣٦/٤)،بدائع الصنائع (٣٢٤٨/٧ - ٣٢٤٩) .
(٣) الأم (٥١/٣)،معالم السنن للخطابى (٧٤٦،٦٧١/٣)،شرح النووى على صحيح مسلم (٢١٦/١٠)، المجموع (٢٦٥/٩) .
(٤) المحلى (٥٩٢/٩) .

المنافع فى العين المؤجرة" (١) .

أما استدلالهم على حصول القبض بجواز التصرف فيها بالبيع وغيره فقد نوقش بأنه لاتلازم بين الضمان وجواز التصرف فقد يجوز التصرف حيث يكون الضمان من البائع كما هو الحال فى هذه المسألة . وقد يمنع التصرف حيث يكون الضمان على المشترى كالصُّبرة من الطعام المتعيَّنة المبيعة جزافا تدخل فى ضمان المشترى بالعقد ولايجوز للمشترى بيعها حتى ينقلها بدلالة السُّنَّة (٢) . قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله (٣) : "وأصول الشريعة توافق هذه الطريقة فليس كل ماكان مضمونا على شخص كان له التصرف فيه كالمغصوب والعارية . وليس كل ماجاز التصرف فيه كان مضمونا على المتصرف كالمالك له أن يتصرف فى المغصوب والمعار فيبيع المغصوب من غاصبه وممن يقدر على تخليصه منه وان كان مضمونا على الغاصب " .

وقد علَّل ابن القيم رحمه الله جواز تصرف المشترى بالثمار بالبيع مع أنه لم يقبضها القبض التام بقوله (٤) : "وإن جوزنا البيع وهو الصحيح فلأن الحاجة تدعو الى ذلك فان الثمار قد لايمكن بيعها الا كذلك فلومنعناه من بيعها أضررنا به . ولو جعلناها من ضمانه اذا تلفت بجائحة أضررنا به أيضا . فَجَوَّزنا له بيعها لأنها فى حكم المقبوض بالتخلية بينه وبينها . وجعلناها من ضمان البائع بالجائحة لأنها ليست فى حكم المقبوض من جميع الوجوه ولهذا يجب عليه تمام التَّسليم بالوجه المحتاج اليه فلما كانت مقبوضة من وجه غير مقبوضة من وجه رَتَّبنا على الوجهين مقتضاهما وهذا من ألطف الفقه" .

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٧٥ - ٢٧٦) . وراجع (ص ٢٧٤)، اعلام الموقعين (٢/٣٥٧)، المغنى (٤/٨١) .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٩/٣٩٨ - ٤٠٠)، المغنى (٤/٨١) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٠١) .

(٤) تهذيب سنن أبى داود (٥/١٥٥) .

ثانيا : الخلاف في الدليل الوارد في وضع الجوائح :

استدل الحنابلة والمالكية على قولهم بوضع الجوائح :

(١) بما روى مسلم عن جابر بن عبدالله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أمر بوضع الجوائح "[١] .

(٢) وبما رواه أيضا عن جابر بن عبدالله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو بِعْتَ من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق "[٢].

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية[٣] : " فقد بين النبى صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الصحيح أنه اذا باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا ثم بين سبب ذلك وعلته فقال : " بم تأخذ مال أخيك بغير حق " . وهذا دلالة على ماذكره الله تعالى في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل . وأنه اذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شئ من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل وقد حرم الله أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذى تقوم به السماء والأرض وهذا الحديث أصل في هذا الباب " .

وقد اختلف القائلون بعدم وضع الجوائح في الدليل من الأثر :

فالامام الشافعي رحمه الله لم يثبت عنده الحديث الوارد في وضع الجوائح وقال : " لو صرت الى وضع الجائحة ماكان الحجة فيها الا اتباع الخبر لو ثبت "[٤] .

---

(١) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٣) ،ورواه أبو داود (٦٧١/٣) كتاب البيوع باب (٢٤) عن جابر بلفظ : "نهى عن بيع السِّنِيْن وَوَضَعَ الجوائح" ،ورواه بهذا اللفظ الدارقطني (٣١/٣) كتاب البيوع حديث (١١٨) ،والامام أحمد في المسند (٣٠٩/٣) .

(٢) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٣)،ورواه أبوداود (٧٤٦/٣) كتاب البيوع باب (٦٠)،والنسائي (٢٦٥/٧) كتاب البيوع باب وضع الجوائح ،والدارقطني (٣٠/٣ - ٣١) كتاب البيوع حديث (١١٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٦٨/٣٠) .

(٤) الأم (٥٠/٣) .

وقد أعلَّ الشافعى رحمه الله حديث سفيان عن حميد بن قيس عن سليمان ابن عتيق عن جابر : "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين ،وأمر بوضع الجوائح" (١) بأن قال : " سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرا فى طول مُجَالَسَتِي له لاأحصى ماسمعته يحدثه من كثرته لايذكر فيه : "أمر بوضع الجوائح" لايزيد على أن النبى صلى الله عليه وسلم : " نهى عن بيع السنين" ثم زاد بعد ذلك : " وأمر بوضع الجوائح" . قال الشافعى قال سفيان وكان حُمَيْد يذكر بعد بيع السنين كلاما قبل وضع الجوائح لاأحفظه فكنت أكُفُّ عن ذكر وضع الجوائح لأنى لاأدرى كيف كان الكلام وفى الحديث أمر بوضع الجوائح ... قال الشافعى : " قال سفيان فى حديثه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى وضع الجوائح ماحَكَيْتُ. فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حُمَيْد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أَمْرِهِ بالصلح على النِّصف،وعلى مثل أَمْرِهِ بالصدقة تطوعا، حضًّا على الخير لاحتماً،وما أشبه ذلك،ويجوز غيره فلما احْتَمَلَ المعنيين معا ولم يكن فيه دلالة على أيهما أولى به لم يجز عندنا أن نحكم والله أعلم على الناس بوضع ماوجب لهم بلا خبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يثبت بوضعه" (٢) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية مُعَقِّباً على قول الشافعى ان الحديث لم يثبت عنده : " فقد أخبر أنه انما لم يجزم به لأنه لم يعلم صحته وعَلَّقَ القول به على ثبوته فقال لو ثبت لم أَعْدُه . والحديث ثابت عند أهل الحديث لم يقدح فيه أحد من علماء الحديث بل صَحَّحُوه وَرَوَوْهُ فى الصحاح والسنن رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه والامام أحمد فظهر وجوب القول به على أصل الشافعى أصلا " (٣) .

---

(١) رواه أبو داود (٦٧٠/٣) كتاب البيوع باب (٢٤)،وابن ماجه (٧٤٧/٢) ، كتاب التجارات باب (٣٣) قال البغوى هذا حديث صحيح . انظر شرح السنة (٩٩/٨) .

(٢) الأم (٤٩/٣) . وراجع تهذيب سنن أبى داود لابن القيم (١١٩/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٧٠/٣٠)،وراجع المغنى (٨٠/٤) .

وأما الحنفية والظاهرية فانهم لم يُضعِّفُوا الأحاديث الواردة في وضع الجوائح بل قالوا بصحتها ولكنها محمولة على غير ظاهرها . يقول الطحاوي : "أما هذه الآثار المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم التي ذكرتموها فمقبول صحيح على ماجاء . ولسنا ندفع من ذلك شيئا لصحة مخرجه ولكنا نخالف التأويل الذي تأولها عليه أهل المقالة الأولى . ونقول ان معنى الجوائح المذكورة فيها هي الجوائح التي يصاب الناس بها ويجتاحهم في الأرضين الخراجية التي خراجها للمسلمين فَوَضْعُ ذلك الخراج عنهم واجب لازم لأن في ذلك صلاحا للمسلمين وتقوية لهم في عمارة أَرَضَيْهِم فأما في الأشياء المبيعات فلا.فهذا تأويل حديث جابر الذي في أول الباب " .[1]

قال ابن القيم رحمه الله : " وهذا كلام في غاية البطلان ولفظ الحديث لايحتمله بوجه" .[2]

وقال البيهقي رحمه الله : " ولايصح حمل الحديث عليه لأنه لم يكن يومئذ على أراضي المسلمين خراج " .[3]

وأما حديث جابر الثاني فقد قال فيه الطحاوي : " وأما حديث جابر الثاني فمعناه غير هذا المعنى وذلك أنه ذكر فيه البيع ولم يذكر فيه القبض . فذلك عندنا على البياعات التي تصاب في أيدي بائعيها قبل قبض المشتري لها فلا يحل للباعة أخذ أثمانها لأنهم يأخذونها بغير حق فهذا تأويل هذا الحديث عندهم .فأما ماقبضه المشترون وصار في أيديهم فذلك كسائر البياعات التي يقبضها المشترون لها فَيَحْدُثُ بها الآفات في أيديهم فكما كان غير الثمار يذهب من أموال المشترين لها لامن أموال باعتها فكذلك الثمار فهذا هو النظر وهو أولى ماحمل عليه هذا الحديث " .[4]

---

(١) شرح معاني الآثار (٣٥/٤) .
(٢) تهذيب سنن أبي داود (١٢٠/٥) .
(٣) نقلا عن تهذيب سنن أبي داود (١٢٠/٥) .
(٤) شرح معاني الآثار (٣٥/٤) .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى : " وهو تأويل باطل لأنه خَصَّ بهذا الحكم الثمار وعَمَّ به الأحوال ولم يقيده بقبض ولاعدمه "(١) .

هذا ماقال الحنفية حول ما استدل به من قال بوضع الجوائح . أما الظاهرية :

فقد قال ابن حزم بعد أن أورد حديثي جابر بن عبدالله السابقين : "قال عَلِيّ : وهذان أثران صحيحان ... قال أبومحمد : ان لم يأت مايبين أن هذين الخبرين المذكورين على غير ظاهرهما والا فلا يحل خلاف مافيهما"(٢) .

ثم صرفهما عن ظاهرهما بالأحاديث التالية :

(١) ماروى مسلم عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال : أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تصدقوا عليه " فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه : " خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك "(٣) .

قال ابن حزم : "فنظرنا في هذا الخبر مع خَبَرَيْ جابر المتقدمين(٤) فوجدنا خبرين من طريق جابر وأنس قد وردا بِبَيَانٍ تَتَأَلَّفُ به هذه الأخبار كلها" .

ولم يوضح ابن حزم وجه دلالة هذا الحديث على مايدعيه وظاهره لايدل على أن الجائحة توضع أولاتوضع بل ليس فيه ذكر للجائحة أصلا يقول الخطابي : "وأما هذا الحديث فليس فيه ذكر للجائحة وقد يُحْتَمَلُ(٥) أن يكون انما أصيب في تلك الثمار بعد ماجذها وآواها الجرين فطرقها لِصٌّ أو جرفها سيل أو باعها فافتات الغريم بحقه وكل هذه الوجوه قد

---

(١) تهذيب سنن أبي داود (١٢٠/٥) .
(٢) المحلى (٣٥٣/٩ - ٣٥٤) .
(٣) صحيح الامام مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة باب (٤)، وأبوداود (٧٤٥/٣) كتاب البيوع باب (٦٠) .
(٤) المحلى (٣٥٤/٩) .
(٥) معالم السنن (٧٤٥/٣) .

يصح رجوع اضافة المصيبة فيها الى الثمار التى كان ابتاعها واذا كان كذلك لم يجب الحكم بذهاب حق رب المال وليس فى الحديث أنه أمر أرباب الأموال أن يضعوا عنه شيئا من أثمان الثمار ثلثا أو أقل منه أو أكثر انما أقر الناس أن يعينوه ليقضي حقوقهم فلما أُبْدِعَ بهم أمرهم بالكف عنه الى الميسره وهذا حكم كل مفلس أحاط به الدين وليس له مال" .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية(١) حول دلالة هذا الحديث : " أما الأول فكلام مجمل فانه حكى أن رجلا اشترى ثمارا فكثرت ديونه فيمكن أن السعر كان رخيصا فكثر دينه لذلك . ويحتمل أنها تلفت أو بعضها بعد كمال الصَّلاحِ أو حَوْزِها الى الجرين أو الى البيت أو السوق ويحتمل أن يكون هذا قبل نهيه أن تباع الثمار قبل بدو صلاحها ولو فُرِضَ أن هذا كان مخالفا لكان منسوخا لأنه باق على حكم الأصل وذاك ناقل عنه وفيه سُنَّةٌ جديدة فلو خولفت لوقع التغير مرتين" .

وقال ابن القيم(٢) : "وأما معارضة السنة بحديث الذى أصيب فى ثمار ابتاعها فمن باب رد المحكم بالمتشابه فانه ليس فيه أنه أصيب فيها بجائحة فليس فى الحديث أنها كانت جائحة عَامَّة بل لعله أصيب فيها بانحطاط سعرها وإنْ قُدِّرَ أن المصيبة كانت جائحة فليس فى الحديث أنها كانت جائحة عامَّة بل لعلها جائحة خاصة كسرقة اللصوص التى يمكن الاحتراز منها ومثل هذا لايكون جائحة تُسْقِطُ الثَّمَنَ عن المشترى بخلاف نهب الجيوش والتلف بآفة سماوية . وان قُدِّرَ أن الجائحة عامة فليس فى الحديث مايبين أن التلف لم يكن بتفريطه فى التأخير وان قُدِّرَ أن التلف لم يكن بتفريطه فليس فيه أنه طلب الفسخ وأن توضع عنه الجائحة بل لعله رضى بالمبيع ولم يطلب الوضع والحق فى ذلك له ان شاء طلبه وان شاء تركه وأين فى الحديث أنه طلب ذلك وأن النبى صلى الله عليه وسلم منع منه ؟ ولايتم الدليل الا بثبوت المقدمتين فكيف يعارض نص قوله الصحيح

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٣/٣٠) .
(٢) اعلام الموقعين (٣٥٨/٢) .

الصريح المحكم الذى لايحتمل غير معنى واحد وهو نص فيه بهذا الحديث المتشابه ؟ ثم قوله فيه " ليس لكم فيه الا ذلك " دليل على أنه لم يبق لبائعي الثمار فى ذمة المشترى غير ما أخذه وعندكم المال كله فى ذمته فالحديث حجة عليكم" .

(٢) مارواه مسلم عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تُزْهِيَ قالوا وماتُزْهِي ؟ قال تَحْمَرُّ . فقال : "اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك "(١) .

(٣) ماروواه أبو داود عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السِّنِيْن(٢) .

قال ابن حزم(٣) : "فَصَحَّ بهذين الخبرين أن الجوائح التى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها هى التى تصيب مابيع من الثمر سنين وقبل أن يزهى وأن الجائحة التى لم يُسْقِطْها والزم المشترى مصيبتها وأخرجه عن جميع ماله بها هى التى تصيب الثمر المبيع بعد ظهور الطيب فيه وجواز بيعه" .

وقد رَدَّ ابن تيمية رحمه الله على ذلك بقوله(٤) : "وقد اعترض بعضهم على حديث الجوائح بأنه محمول على بيع الثمر قبل بدو صلاحه كما فى حديث أنس وهذا باطل لعدة أوجه :

(أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " اذا بعت من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة" والبيع المطلق لاينصرف الا الى البيع الصحيح .

(الثانى) أنه أطلق بيع الثمرة ولم يقل قبل بدو صلاحها . فأما تقييده ببيعها قبل بدو صلاحها فلا وجه له .

(الثالث) أنه قَيَّدَ ذلك بحال الجائحة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لايجب فيه ثمن بحال .

---

(١) صحيح الامام مسلم (١١٩٠/٣) كتاب المساقاة باب (٣) .

(٢) سبق تخريجه .(ص ٣١٧)

(٣) المحلى (٣٥٥/٩) .

(٤) مجموع الفتاوى (٢٧٣/٣٠ - ٢٧٤) .

(الرابع) أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون فلو كان الثمر على الشجر لوجب أن يكون مضمونا على المشترى فى العقد الفاسد .

وهذا الوجه يوجب أن يُحْتَجَّ بحديث أنس على وضع الجوائح فى البيع الصحيح كما توضع فى البيع الفاسد لأن ماضُمِنَ فى الصحيح ضمن فى الفاسد ومالايضمن فى الصحيح لايضمن فى الفاسد " .

وقال ابن القيم رحمه الله (١) : "وهذا أيضا تأويل باطل وسياق الحديث يبطله فانه علل باصابة الجائحة لابغير ذلك " .

وقد عَضَّدَ من لايقول بوضع الجوائح قولهم بما روى الامام مالك رحمه الله عن أبى الرجال محمد بن عبدالرحمن عن أمه عمرة بنت عبدالرحمن أنه سمعها تقول : ابتاع رجل ثمر حائط فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رَبَّ الحائط أن يضع له أو أن يَقْبَلَهُ فحلف أن لايفعل فذهبت أم المشترى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "تَأَلَّى ألايفعل خيرا" فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله هو له" (٢) .

قال الامام الشافعى رحمه الله (٣) : "ولو ثبت حديث عَمْرَةَ كان فيه والله تعالى أعلم دلالة على أن لاتوضع الجائحة لقوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تَأَلَّى أن لايفعل خيرا" ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف وذلك أن كل من كان عليه حق قيل:هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فَأُخِذَ مِنْكَ بِكُلِّ حَالٍ" .

---

(١) تهذيب سنن أبى داود (١٢٠/٥) .

(٢) رواه الامام مالك فى الموطأ مرسلا (٦٢١/٢) كتاب البيوع باب (١٠) . وأعلَّه الامام الشافعى بالارسال فقال : " وحديث مالك عن عَمْرَةَ مرسلاً وأهل الحديث ونحن لانثبت مرسلا" . انظر الأم (٥٠/٣) .
وقد وصله الشيخان : البخارى (١٧٠/٣) كتاب الصلح باب (١٠)،مسلم (١١٩٢/٣) كتاب المساقاة باب (٤) .

(٣) الأم (٥٠/٣) .

قال ابن قدامه رحمه الله تعالى ردا على من يستشهد بهذا الحديث في عدم وضع الجائحة : " ولاحجة لهم فى حديثهم فان فعل الواجب خير فاذا تَألَّى أن لايفعل الواجب فقد تألَّى أن لايفعل خيرا . فأما الاجبار فلا يفعله النبى صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المُدَّعِي من غير اقرار من البائع ولاحضور" (١) .

وقال الباجى (٢) : "وقوله صلى الله عليه وسلم "تألَّى أن لايفعل خيرا" انكار لحلفه على مثل هذا وتَدَبَّر لمآل يمينه أو حلفه وليس فى ذلك مايقتضى الحكم للمشترى بجائحة ولاغيرها وانما فيه انكار لحلفه أن لايفعل خيرا فان كان بعد هذا يتقرر من قولهما مايوجب الحكم عليه حكم عليه بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما مالايوجب الحكم عليه فَتَأَلِّيهِ على أن لايفعل خيرا ثابت فى نفسه" .

وقد أنكر ابن القيم أن يكون فى هذا الحديث دلالة على وضع الجائحة أو عدمها فقال : " وليس بصريح فى وضع الجائحة" (٣) .

وقال فى موضع آخر : " وأما المعارضة بخبر مالك فمن أبطل المعارضات وأفسدها فأين فيه أنه أصابته جائحة بوجه ما ؟ وانما فيه أنه عالجه وأقام عليه حتى تبين له النقصان ومثل هذا لايكون سببا لوضع الثمن " (٤) .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يظهر لى والله أعلم رجحان قول من ذهب الى وضع الجوائح وذلك لورود السنة الصحيحة الصريحة فى هذا المعنى فقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك حكما يعتبر أصلا فى نفسه (٥) مخالفا لحكمه فى سائر المبيعات فوجب التسليم له

---

(١) المغنى (٤/٨٠ - ٨١)،وراجع هذا المعنى فى مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٠/٢٧٣) .
(٢) المنتقى (٤/٢٣٢) .
(٣) تهذيب سنن أبى داود (٥/١١٩) .
(٤) اعلام الموقعين (٢/٣٥٨) .
(٥) راجع التمهيد لابن عبدالبر (٢/١٩٤)، اعلام الموقعين (٢/٣٥٧) .

والانقياد لحكمه صلى الله عليه وسلم . قال الله تعالى : " إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ" (١) .

فهذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت عنه فى الصحاح والسنن ولو تأملنا القرآن الكريم لوجدنا فيه الكثير من الآيات البينات التى تنهى بل وتحذر من أكل أموال الناس بالباطل ومن ذلك قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ" (٢) .

وقال تعالى : " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ" (٣) .

وقال تعالى فيما ذم به بنى اسرائيل : " فَبِمَا نَقْضِهِم مِّيثَاقَهُمْ وَكُفْرِهِم بِآيَاتِ اللَّهِ وَقَتْلِهِمُ الْأَنبِيَاءَ بِغَيْرِ حَقٍّ وَقَوْلِهِمْ قُلُوبُنَا غُلْفٌ بَلْ طَبَعَ اللَّهُ عَلَيْهَا بِكُفْرِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا قَلِيلًا .. الآيات الى قوله تعالى : "وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا" (٤) .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى : " وَمَنْ أَكل أموال الناس بالباطل أَخْذُ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر لأن المقصود بالعهود والعقود المالية هو التقابض فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ماعقد عليه ... فالعقود موجبة للقبوض ،والقبوض هى المسؤولة المقصودة المطلوبة" (٥) .

وقبض ثمر الشجر لايتم الا بعد تمام صلاحه وهذا لايحصل الابالتخلية المستمرة وتعاهده بالسقى وغيره فاذا تلف قبل ذلك صار تالفا قبل القبض لأن المشترى انما عليه أن يقبضه على الوجه المعروف المعتاد

---

(١) سورة النور : ٥١
(٢) سورة النساء : ٢٩
(٣) سورة البقرة : ١٨٨
(٤) سورة النساء : ١٥٥ – ١٦١
(٥) مجموع الفتاوى (٢٦٤/٣٠) .

فاذا أخذ البائع الثمن من المشتري من غير أن يقبضه العوض المقابل صار آكلا لماله بالباطل .

والحاصل أن وضع الجوائح كما يقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : "ثابتة بالسنة وبالعمل القديم الذى لم يعلم له مخالف من الصحابة والتابعين وبالقياس الجلى والقواعد المقررة بل عند التأمل الصحيح ليس فى العلماء من يخالف هذا الحديث على التحقيق . وذلك أن القول به هو مذهب أهل المدينة قديما وحديثا وعليه العمل عندهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن علمائهم كالقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد القاضى ومالك وأصحابه وهو مذهب فقهاء الحديث كالامام أحمد وأصحابه وأبى عبيد والشافعى فى قوله القديم"[1] .

واذا تبين رجحان ماذهب اليه المالكية والحنابلة من القول بوضع الجوائح فسوف نبين ان شاء الله تعالى مذهبهم فى هذه المسألة مفصلا.

أولا : فيما يعتبر جائحة ومالايعتبر :

اختلف فقهاء المالكية والحنابلة فيما يعتبر جائحة ومالايعتبر على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

كل مالايستطاع دفعه ان عُلِمَ به فانه يكون جائحة سواء كان بفعل الآدمى كالجيوش أو بغير فعل الآدمى كالبَرْدِ والحَرِّ والثلج والمطر والجراد والفأرة والغبار ونحو ذلك .

أما مايستطاع دفعه ان عُلِمَ به فلا يكون جائحة كالسارق وهذا رأى بعض المالكية قال الدسوقى : " قال فى التوضيح وعليه الأكثر وأشار ابن عبدالسلام الى أنه المشهور"[2] .

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٠/٣٠) .

(٢) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣) وراجع المنتقى (٢٣٢/٤)،بداية المجتهد (١٦٣/٢)، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

القول الثاني :

كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقا كان أو غيره قال الدسوقي : " وهو لابن القاسم في المدونة وصوبه ابن يونس واستظهره ابن رشد قائلا لافرق بين فعل الآدمي وغيره في ذلك لما بقي على البائع في الثمرة من حق توفيه " (١) .

جاء في المدونة (٢) : "قال : وأما ماسألت عنه من عفن الثمرة والنار والبَرْد والغرق وماسألت عنه كله فان ذلك جائحة من الجوائح توضع عن المشتري ان أصاب الثلث فصاعدا . قال : وهو رأيي في جميع ماسألت عنه قال : وقال مالك : في الجيش يَمُرُّونَ بالنخيل فيأخذون ثمرته قال هو جائحة من الجوائح . قال ابن القاسم : ولو أن سارقا سرقها كانت جائحة أيضا في رأيي " .

ومن قال بأن السارق والجيش جائحة من المالكية قَيَّدَ هذا بأن لايُعْرَفَ السارق فان عُرِفَ فان المشتري يتبعه سواء كان السارق مليا أو مُعْدَمًا يرجى يساره وكانت تناله الأحكام . أما ان كان لايعرف أو كان فقيرا لايرجى يساره عن قرب أو كان مليا أو معدما يرجى يساره عن قرب ولكن لاتناله الأحكام فان هذا يكون جائحة .

وكذلك ماتتلفه الجيوش فان محل كونه جائحة اذا لم يعرف من الجيش أحد أو عرف منه أحد لكن لاتناله الأحكام أو كان معسرا لايرجى يساره عن قرب . أما لو عرف منه أحد وكانت تناله الأحكام وهو موسر أو يرجى يساره عن قرب فلا يكون ماأخذه الجيش جائحة توضع بل يَضْمَنُ جميعه ذلك المعروف قال الدسوقي : "كما هو ظاهر المدونة" (٣) .

---

(١) حاشية الدسوقي (١٨٥/٣) .

(٢) (٣٨/٥) .

(٣) حاشية الدسوقي (١٨٥/٣)،وراجع البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

القول الثالث :

كل آفة لاصنع للآدمى فيها من عفن وبَرْدٍ وفسادٍ بِحَرٍّ أو بَرَدٍ وصاعقة ونحو ذلك فانه يعتبر جائحة وأما ماكان بفعل الآدمى كالجيش والسارق فلا يعتبر جائحة وهذا هو المذهب[1] عند الحنابلة وهو قول مطرف وابن الماجشون من المالكية[2] .

وقال بعض الحنابلة[3] : ان أتلفها من لايمكن تضمينه كالجيوش التى تنهبها واللصوص الذين يخربونهافحكمه حكم الجائحة قال شيخ الاسلام ابن تيمية[4] : " وهو قياس أصول المذهب " .

والذى يظهر لى ـ والله أعلم ـ رجحان قول من قال ان اتلاف الآدمى الذى لايمكن تضمينه كالجيوش واللصوص المخربين يعتبر جائحة كالآفة السماوية لأن المأخذ كما يقول شيخ الاسلام ابن تيمية هو امكان الضمان[5] والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما فمتى أمكن الضمان بأن عُرِفَ السارق وعُيِّن بحيث تناله الأحكام فانها لاتكون جائحة لأن حق المشترى مضمون على الفاعل أما اذا لم يمكن الضمان بأن لم يعرف السارق أو كان المتلف جيوش الكفار أو جيوش أهل الحرب فان هذا بمنزلة الآفة السماوية فى المعنى فيكون من الجوائح والله أعلم .

ثانيا : ماتوضع فيه الجائحة :

القاعدة فى ذلك عند المالكية[6] : أن كل مبيع يحتاج الى بقائه فى أصله ليتم صلاحه ويطيب فيتلف قبل ذلك فان هذا التلف يعتبر جائحة توضع عن المشترى بشروطها .

---

(١) الانصاف (٧٤/٥ ، ٧٦ ـ ٧٨) ،كشاف القناع (٢٧٢/٣) ،شرح منتهى الارادات (٢١٢/٢) ، المحرر (٣١٧/١) ، المبدع (١٧٠/٤) ،غاية المنتهى (٦٨/٢) ، المغنى (٨١/٤) ،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) .
(٢) المنتقى (٢٣٢/٤ ـ٢٣٣) ،وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٥/٢) .
(٣) الانصاف (٧٨/٥) .
(٤) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) وراجع الاختيارات الفقهية (ص ١٣٠) .
(٥) مجموع الفتاوى (٢٧٨/٣٠) .
(٦) المنتقى (٢٣٣/٤) .

ومَثّلُوا لما يحتاج لبقائه فى أصله لتمام صلاحه وطيبه بثمرة النخل والعنب اذا اشْتُرِيَ عند بدو الصلاح وكذلك ثمرة التفاح والبطيخ والورد والياسمين والفول ونحو ذلك .

ولم يقتصر بعض فقهاء المالكية على مايحتاج الى البقاء فى أصله ليتم صلاحه فقد ألحقوا به مايحتاج الى بقائه فى أصله لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب اذا اشتريت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والأصول المُغَيَّبَةِ من الجزر والبصل والثوم فاذا احتيج لبقائه فى أصله لهذا القصد ثم أصابته آفة فتلف بها فان هذا يعتبر جائحة يوضع عن المشترى بقدر التلف الحاصل . وقد رَوَى هذا القول سحنون عن ابن القاسم ورجحه الدردير (١) . وقال التُسُّولِي (٢) وهو المذهب .

ووجه هذه الرواية : أن بقاء الثمرة فى الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المبتاع لأن فى جَدِّ الثمرة جهة فساد لأن ذلك يُتْلِفُ رطوبتها ولايمكن أكلها على المعهود الا شيئا فشيئا ولايتأتى بيع جميعها وجُدُّه جملة فى الغالب فنقول ان الثمرة مبقاة فى الأصل لمعنى معتاد مقصود فثبت فيها الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح .

ونوقش ذلك بأن مايرجوه المبتاع من حفظ الرطوبة والنَّضَارَة ببقائه فى أصله حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد الاترى أن من باع منه قمحا فكاله عليه فى ليل أو وقت لايمكن نقله فان المبتاع يُبْقِي الطعام فى موضعه حفظا له الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لايكون ضامنا له . وهذا بخلاف بقاء الثمرة لتمام الصلاح فانها تلزم البائع لبقاء حق التوفية عليه فان مايلزمه من تمام الصلاح لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده (٣) .

---

(١) الشرح الكبير (١٨٤/٣) .
(٢) البهجة شرح التحفة (٣٤/٢) .
(٣) المنتقى (٢٣٤/٤) .

هذا فيما يحتاج لبقائه فى أصله لتمام صلاحه أو بقاء نضارته أما مالايحتاج لشئ من ذلك كالتمر اليابس والزرع فقد قال الباجى[١]: "فلا خلاف فى أنه لايوضع فيه جائحة لأن تسليمه قد كمل بتخلى البائع عنه الى المبتاع لأنه ليس له فى أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة فى الأصل " .

أما الحنابلة : فلا خلاف بينهم فى وضع الجائحة فى ثمرة النخل وأما غيرها من الثمار فقد اختلف فقهاء الحنابلة فيها على وجهين :

(الوجه الأول) لاتوضع فيها الجائحة ومبنى ذلك على مارواه حنبل عن الامام أحمد أنه قال : انما الجوائح فى النخل قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " وقد تأوله القاضى على أنه أراد اخراج الزرع والخُضَر من ذلك "[٢] .

(الوجه الثانى) توضع الجائحة فى الثمار كلها دون غيرها قال المرداوى على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب "[٣] .

ونقل المرداوى عن القاضى قوله : " من شرط الثمر الذى تثبت فيه الجائحة أن يكون مما يستبقى بعد بدو صلاحه الى وقت كالنخل والكَرْم وما أشبهها . وان كان مما لاتستبقى ثمرته بعد بدو صلاحه كالتين والخوخ ونحوهما فلا جائحة فيه . قال المرداوى : قال بعض الأصحاب : وهذا أليَقُ بالمذهب "[٤] .

ونَصّ جماعة من الحنابلة على أن الجوائح توضع فى كل ماله أصل يتكرر حمله كقثاء وخيار وباذنجان ونحوها[٥] .

وحُمِلَ قول الامام أحمد : انما الجوائح فى النخل . على أنه أراد أن لفظ الجوائح الذى جاء به الحديث هو فى النخل وباقى الشجر

---

(١) المنتقى (٢٣٣/٤)،وراجع المدونة (٣٣/٥)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٤/٢)
(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٨٠/٣٠)، الانصاف (٧٤/٥،٧٦) .
(٣) الانصاف (٧٦/٥)،وراجع كشاف القناع (٢٧٢/٣)،شرح منتهى الارادات (٢١٢/٢ - ٢١٣)، التنقيح (ص ١٨٧) .
(٤) الانصاف (٧٦/٥) .
(٥) المبدع (١٧٢/٤)،كشاف القناع (٢٧٢/٣)، المحرر (٣١٧/١)،مجموع الفتاوى (٢٨١/٣٠) .

ثابتة بالقياس لا بالنص فان شجر المدينة كان النخل[(١)] .

هذا بالنسبة للثمار أما الزروع فعند الحنابلة فى ذلك وجهان :

(أحدهما) لاجائحة فيها قال القاضى[(٢)] وهذا أشبه لأنها لاتباع الا بعد تكامل صلاحها وأوان جذاذها بخلاف الثمرة فان بيعها بمجرد بدو صلاحها وذكر البهوتى أن مفهوم كلام الفتوحى فى المنتهى أن لاجائحة فى الزرع[(٣)] .

(الثانى) فيها جائحة كالثمار قال شيخ الاسلام ابن تيمية[(٤)] : " وهذا هو الذى قطع به غير واحد من أصحابنا " .

واختاره المجد بن تيمية رحمه الله فقال : " وماتلف من الزرع أو الثمر بأمر سماوى قبل قطعه فهو من ضمان البائع[(٥)] " .

وقال ابن مفلح : " ظاهره أنه لايثبت فى الزرع اذا تلف وفى الكافى والمحرر بلى كالثمرة وهو ظاهر مع أنه لايباع الا بعد تتمة صلاحه[(٦)] " .

وقال الشيخ عبدالرحمن بن سعدى[(٧)] : " الصحيح ثبوت الجائحة فى الزرع كما تثبت فى الثمار لعدم الفرق بينهما والمشهور من المذهب اختصاص ذلك بالثمار وماصححناه هو اختيار المجد فى المحرر وغيره وشيخ الاسلام ابن تيمية " .

ثالثا : فى حدود وضع الجوائح :

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

أن الجائحة التى توضع عن المشترى الثلث فصاعدا ولايكون فيما

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) شرح منتهى الارادات (٢١٣/٢) .
(٤) مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠ - ٢٨١)، وراجع الاختيارات الفقهية (ص ١٣٠) .
(٥) المحرر (٣١٧/١) .
(٦) المبدع (١٧٢/٤) .
(٧) الفتاوى السعدية (ص ٣٤٣) .

دون ذلك جائحة وهذا هو مذهب المالكية[1] وهو رواية عن الامام أحمد[2] .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

(١) أن الثمار لاتنفك من ذلك ولاتسلم من يسير العفن وأكل الطير فهذا مما دخل عليه المشترى فلا يكون له الرجوع به ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبدا لأنه لايصح أن يَسْلَمْ جَمِيْعُهَا بوجه .

(٢) أنا قد رأينا الشارع قد اعتبر الثلث فى مواضع منها الوصية وعطايا المريض وتُسَاوِي جراحُ المرأة جراحَ الرجل الى الثلث قال الأثرم قال الامام أحمد : انهم يستعملون الثلث فى سبع عشرة مسألة .

(٣) ان الثلث فى حد الكثرة ومادونه فى حد القلة بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم : " الثلث والثلث كثير"[3] . فدل هذا على أنه بداية حد الكثرة فلهذا قدر به .

واستثنى المالكية من تحديد الجائحة بالثلث فما فوق :

الجائحة التى تأتى من قبل العطش وهو انقطاع الماء عنها فقد جاء فى المدونة[4] : "قال مالك فى الماء اذا انقطع عن الثمرة ماء العيون وُضِعَ عن المشترى ماذهب من الثمرة من قِبَلِ الماء قليلا كان أو كثيرا ومابقى فهو للمشترى مما يصيبه من الثمن لأن البائع حين باع الثمرة انما باعها على الماء فكل ماأصيب من قِبَلِ الماء فانما سببه من قِبَلِ البائع ولايشبه الماء سواه من الجوائح . قلت : وماء السماء اذا انقطع عن الثمرة أهو عند مالك بمنزلة ماء العيون . قال : لم أسمع من مالك فى ماء المطر شيئا الا أنه قال : ماكان من فساد الثمرة من قبل العطش من الماء وضع عن المشترى قليلا كان أو كثيرا فأرى ماء السماء وماء

---

(١) الموطأ (٦٢١/٢)، المنتقى (٢٣٦/٤)، التمهيد (١٩٧/٢)، الشرح الصغير (٨٩/٢)، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

(٢) المغنى (٨١/٤)، الانصاف (٧٤/٥)، المبدع (١٧١/٤) .

(٣) رواه البخارى (١٨٦/٣) كتاب الوصايا باب (٢)، مسلم (١٢٥٠/٣) كتاب الوصية باب (١)، الترمذى (٤٣٠/٤) كتاب الوصايا باب (٣١) .

(٤) (٣٧/٥) وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٤٤/٢)، البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

العيون سواء اذا كان انما حياتها سقيها" .

وقد ذكر الباجي رحمه الله الفرق بين العطش وسائر الجوائح فقال: "والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لاتنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشتري داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل"(١) .

واستثنى المالكية كذلك في رواية قال ابن عبد البر(٢) انها الأشهر عن مالك ماأجيح من البقول سواء بلغ الثلث أو لم يبلغ فان مصيبته من البائع ولايكون على المشتري شيء منه الاأن تكون الجائحة يسيرة تافهة لابال لها فتكون من المشتري ،جاء في المدونة(٣) : "قلت أرأيت البقول والكُرّاث والسِّلق وماأشبه هذا والجزر والبصل والفجل اذا اشْتَرَى الرجل هذه الأشياء التي ذكرت لك وماأشبهها فأصابته جائحة أقل من الثلث هل يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال : قال مالك : أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابت الجائحة منها قل ذلك أو كثر ولاينظر فيه الى الثلث " .

ووجه هذه الرواية كما ذكره الباجي(٤) : "أن البقول لما لم يجز بيعها الا عند جَدِّها وجب أن يستوفى قليل مايتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون" . وقال التُسُوْلي : " وانما وضعت في البقول مطلقا لأن غالبها من العطش وحمل ماأجيح منها بغيره عليه"(٥) .

وهناك رواية أخرى عن الامام مالك ذكرها ابن القاسم عن علي بن زياد عن الامام مالك أن البقل اذا بلغت جائحته الثلث وضع عن المشتري وان لم تبلغ الثلث لم يوضع منه شيء . لأن هذا بيع ثبت فيه حكم الجائحة

---

(١) المنتقى (٢٣٣/٤) .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٤٤/٢)،وراجع البهجة شرح التحفة (٣٣/٢)، الشرح الكبير (١٨٥/٣) .

(٣) (٣٢/٥) .

(٤) المنتقى (٢٣٥/٤) .

(٥) البهجة شرح التحفة (٣٣/٢) .

فاعتبر فيها الثلث كالثمرة[1] .

القول الثانى :

لافرق بين قليل الجائحة وكثيرها وسواء تلف قدر الثلث أو أكثر أو أقل الا الشىء اليسير الذى يُتَسَامَحُ فيه عادة . وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة[2] ، قال الامام أحمد : " انى لاأقول فى عشر تَمَرات ولاعشرين تَمْرة ولاأدرى ما الثلث ولكن اذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع "[3] .

والمرجع فى معرفة كونه جائحة أو يسيرا يُتَسَامَحُ فيه : هى العادة . فما جرت العادة بسقوطه أو أكل الطير أو غيره له فهو مشروط فى العقد والجائحة مازاد على ذلك .

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى :

(١) عموم الأحاديث فان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ومادون الثلث داخل فيه فيجب وضعه .

(٢) أن هذه ثمرة لم يتم قبضها فكان ماتلف منها من مال البائع وان كان قليلا كالتى على وجه الأرض .

(٣) أن ماأكله الطير أو سقط لايؤثر فى العادة ولايسمى جائحة فلا يدخل فى الخبر ولايمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط .

---

(١) المدونة (٣٢/٥) ، المنتقى (٢٣٥/٤) ،شرح التاودى على التحفة بهامش البهجة (٣٣/٢) .

(٢) الانصاف (٧٤/٥) ، المغنى (٨١/٤) ،شرح منتهى الارادات (٢١٢/٢) ،كشاف القناع (٢٧٣/٣) ،غاية المنتهى (٦٨/٢) ، الروض الندى (ص ٢٤٨) ، المبدع (١٧١/٤) ،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٩/٣٠) ، الفتاوى السعدية (ص ٣٤٢) .

(٣) المغنى (٨١/٤) .

التر جيـــح :

الذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه الحنابلة فى القـول الثانى وهو أن الجائحة توضع فى القليل والكثير الا ماجرت العـادة بالعفو عنه والمسامحة فيه حيث لم يصح فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم شئ كما قال أبو داود رحمه الله (١)، وقال الامام الشافعى رحمه الله : "ولو لم يكن سفيان وَهَّنَ حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحـة وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه فأمـا أن يوضع الثلث فصاعدا ولايوضع مادون الثلث فهذا لاخبر ولاقياس ولامعقول" (٢) .

واذا لم يثبت فى ذلك شئ عن رسول الله صلى الله عليه وسلـم لزم الأخذ بظاهر الحديث من غير تحديد، والله أعلم .

رابعا : فى كيفية وضع الجائحة :

يُفَرِّقُ المالكية بين الثمار التى من شأنها أن تيبس وتدخـر ويُحْبَسُ أولها على آخرها كالتَّمْرِ والعنب والزيتون والجوز واللوز ونحـو ذلـك .

وبين مالايُحْبَس أوله على آخره كالمقاثى والورد والياسمين والتفـاح والرمان والخوخ ونحو ذلك .

فالثمار التى من شأنها أن يحبس أولها على آخرها ويمكن ادخـارها فهذه اذا بلغت الجائحة فيها ثلث كيلها أو وزنها أو عدها حكم بذلـك للمشترى على البائع ووضع عنه بقدر المجاح من الثمن ولاينظر فى ذلـك الى ثلث قيمتها خلافا لأشهب من المالكية (٣) .

---

(١) سنن أبى داود (٣/٦٧١) وراجع المحلى فقد ذكر الآثار الواردة فـى تحديد الجائحة بالثلث وضعفها (٩/٣٥٦) ومابعدها .

(٢) الأم (٣/٥٠) .

(٣) المنتقى (٤/٢٣٦)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢/٤٣ - ٤٤)، البهجـة شرح التحفة (٢/٣٥)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى (٣/١٨٣)، بدايـة المجتهد (٢/١٦٤) .

وان لم تبلغ الجائحة ثلث الكيل أو الوزن أو العد فمصيبتها من المشترى ولاتبعة على البائع .

أما مالايحبس أوله على آخره كالمقاثى والورد ونحو ذلك فهذا ينبغى أن يراعى عند الحكم فى جائحتها أمران :

(الأول) أن يبلغ المجاح الثلث فما فوق والا فلا تبعة على البائع .

(الثانى) أن تنسب قيمة ما أجيح الى قيمة مابقى سليما ثم يوضع من الثمن قدر هذه النسبة والمعتمد عند المالكية تقدير القيمة يوم الجائحة فى البطون السليمة والمجاحه خلافا لما ذهب اليه خليل من تقدير كل بطن فى زمنه فقد قال الأبِّي (١) : "هذا ضعيف والذى تجب الفتوى به اعتبار قيمة كل منهما يوم اصابة الجائحة" .

وقال الدردير (٢) : "ولايستعجل بتقويم السالم يوم الجائحة على الأصح بل يستأنى به حتى يجنى السالم ثم يقال ماقيمته على تقدير وجوده زمن الجائحة هذا على ماهو المعتمد وأما على مامشى عليه المصنف فيقال ماقيمته الآن كما يقال فى المجاح ماقيمته يوم الجائحة" .

وقد عَقَّبَ الدسوقى على الدردير بقوله : " قوله هذا على ماهو المعتمد فيه نظر بل المعتمد أنه بعد انتهاء البطون ينظر ماقيمة كل بطن زمن الجائحة على أن يقبض فى أوقاته فالأولى للشارح أن يقول ثم يقال ماقيمة كل بطن على تقدير أنها تجذ وتقبض وقت كذا ولاشك أن قيمة مايقبض فى أوقات وجوده اذا كانت تُعَجَّلَ الآن أقل من قيمة ما اعتبر وجوده الآن أعنى يوم الجائحة لأن الأجل له حصته من الثمن" (٣) .

فتكون كَيْفِيَّةِ وضع الجائحة فى المقاثى على القول المعتمد وبناء على ماقيده به الدسوقى (٤) كالآتى :

---

(١) جواهر الاكليل (٢/٦٢) .

(٢) الشرح الكبير (٣/١٨٤) .

(٣) حاشية الدسوقى (٣/١٨٤) .

(٤) راجع المثال فى حاشية الدسوقى (٣/١٨٤)، البهجة شرح التحفة (٢/٣٥) .

اذا اشترى مقثاة بتسعة مثلا ثم أجيح فى البطن الأول ثم باع منها بطنين متتاليين سالمين : فاننا بعد الفراغ من بيع المقثاة كلها نقول هل بلغت الجائحة ثلث المقثاة فان قيل نعم قلنا ماقيمة المجاح وقت الجائحة فان قيل ثلاثة قلنا وماقيمة البطن الثانى وقت الجائحة على أن يقبض بعد شهر فان قيل اثنان قلنا وماقيمة البطن الثالث وقت الجائحة على أن يقبض بعد شهرين فان قيل واحد فانه يرجع بنصف ثمن المقثاة وهو أربعة ونصف لأنك اذا نسبت الثلاثة وهى قيمة المجاح الى الستة وهي مجموع قيمة المجاح والسالم يكون المجاح قدر نصف القيمة .

وهكذا يكون التقويم على قول خليل الا أننا نقدر قيمة المجاح وقت الجائحة وقيمة السليم فى زمنه وليس وقت الجائحة .

أما الحنابلة فقد قالوا : انه يوضع عن المشترى من الثمن بقدر الثمرة التالفة فان تلف الجميع بطل العقد ورجع المشترى بجميع الثمن وهذا على القول بأن الجائحة توضع فى القليل والكثير كما هو ظاهر المذهب[(١)] .

أما على الرواية الثانية وهى أن الجائحة لاتوضع فيما دون الثلث فعند الحنابلة فى ذلك وجهان[(٢)] :

(الأول) يعتبر ثلث الثمرة قال المرداوى وهو الصحيح[(٣)] . وهذا القول مثل قول المالكية السابق .

(الثانى) يعتبر ثلث القيمة . وهذا مثل قول أشهب من المالكية .

هذه هى كيفية وضع الجائحة اذا كانت قد أتلفت جزءاً من الثمرة أما اذا لم تتلف ولكنها أحدثت فيها عيبا مثل أن تتعيب ثمرة العنب أو النخيل بغبار ونحوه .

---

(١) كشاف القناع (٢٧٣/٣)، الانصاف (٧٥/٥)، المغنى (٨١/٤)، المبدع (١٧١/٤ - ١٧٢)، غاية المنتهى (٦٨/٢) .

(٢) الانصاف (٧٥/٥)، المحرر (٣١٧/١)، المغنى (٨١/٤)، المبدع (١٧١/٤)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٩/٣٠) .

(٣) الانصاف (٧٥/٥) .

فقد قال المالكية ينظر الى ثلث قيمتها لا الى ثلث الكيل أو الوزن أو العد كما فى التلف فاذا بلغ العيب الحد الذى يَنْقُصُ معه ثلث قيمة الثمرة فما فوق وضع عن المشترى من الثمن بقدر النسبة . يقول الدسوقى "يعنى أن الثمرة اذا لم تهلك بل تعيبت بغبار وشبهة فان ذلك جائحة تُحَطُّ بالشروط السابقة ... لكن يعتبر هنا نقص ثلث القيمة لا نقص ثلث المكيلة كما فى ذهاب العين قال فى التوضيح : فان لم تهلك الثمار بل تعيبت فقط بكغبار يصيبها أو ريح تسقطها قبل أن يتناهى طيبها فينقص ثمنها ففى البيان : المشهور أن ذلك جائحة ينظر لما نقص هل ثلث القيمة أم لا "(١) .

وذهب الحنابلة(٢) الى أن ذلك عيب يُثْبِتُ للمشترى الخيار بين الامساك والرد فان أمسك أخذ الأرش وان رد المبيع أخذ الثمن كاملا لأن ما ضُمِنَ تلفه بسبب فى وقت كان ضمان تعيبه فيه بذلك أولى .

وهو قول ابن شعبان وأحد قولى ابن الماجشون من المالكية . الا أنه قال اذا اختار التمسك فلا شئ له(٣) .

---

(١) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣)، وراجع جواهر الاكليل (٦٣/٢) .

(٢) كشاف القناع (٢٧٣/٣)، الانصاف (٧٥/٥)، شرح منتهى الارادات (٢١٣/٢)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٧٨/٣٠) .

(٣) حاشية الدسوقى (١٨٥/٣)، جواهر الاكليل (٦٣/٢) .

المطلب الثالث : فى تلف المبيع المقبوض بعقد فاسد

البيع الفاسد والباطل وصفان لعقد واحد عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين يفرقون بين العقد الفاسد والباطل ٠

فالعقد الباطل عندهم : هو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من التى تتعلق بأهلية العاقد أو المحل ٠ وهو مايعبرون عنه بالعقد الذى لم يشرع بأصله ولابوصفه ٠ فهو غير موجود الامن حيث الصورة فقط ولذا لم يكن له حكم أصلا لأنه لاحكم الا للموجود ٠ مثاله بيع الملاقيح والمضامين وكل ماليس بمال كبيع الميتة والدم والعذرة والبول ونحو ذلك ٠

أما العقد الفاسد : فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة ٠ وهو مايعبرون عنه بالعقد الذى شرع بأصله دون وصفه (١) ٠

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا الى عدم التفريق بين النهى المنصب على الذات وبين غيره واعتبروا فساد الوصف المقارن مماثلا لفساد الأصل فى سائر الأحكام فكان الفاسد عندهم باطلا والباطل فاسدا لايفيد الحكم فى وجه (٢) ٠

بناء على ذلك : فاذا كان العقد فاسدا فان المبيع يكون فى ضمان المشترى بمجرد قبضه له باتفاق الفقهاء من الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥)

---

(١) بدائع الصنائع (٣٣٧٧/٧، ٣٣٩١) ، مجمع الأنهر (٥٣/٢) ، شرح مجلة الاحكام العدلية (٣٣٤/١) ٠

(٢) الحيازة فى العقود (ص ١١١، ٢٠٥) ٠ وراجع منشأ الخلاف فى ذلك بين الجمهور والحنفية تخريج الفروع على الأصول (ص ١٦٨) ومابعدها ٠

(٣) بدائع الصنائع (٣٣٨٧/٧) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٦٦/٢) ، الدر المختار ورد المحتار عليه (٩٠/٥) ، الفتاوى البزازية (٣٩٩/٤) ٠

(٤) المنتقى (١٩٠/٦) الكافى فى فقه أهل المدينة (٧٣/٢) ، الشرح الكبير (٧٠/٣ - ٧١) ، جواهر الاكليل (٢٧/٢) ، شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (١٤٨/٢) ، بداية المجتهد (١٦٨/٢) ٠

(٥) روضة الطالبين (٤٠٨/٣ - ٤٠٩) ، المجموع (٣٦٤/٩ - ٣٦٥) ، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٤٦) ٠

والحنابلة[١] والظاهرية[٢] .

وكذلك ان كان العقد باطلا عند الصاحبين من الحنفية قال الحصكفي[٣] "والمختار قولهما وقيل عليه الفتوى كما في الدرر وفي القهستاني : وهو الصحيح على ماذكره السرخسي وحكاه قاضيخان " .

وعللوا ذلك بأن المقبوض على حكم هذا البيع لايكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى .

وقال أبو حنيفة ان المبيع بيعا باطلا يكون أمانة في يد المشترى اذا قبضه لأنه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لامعنى فالتحق بالعدم وبقي اذنه في القبض وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة (٣٧٠) منها : " البيع الباطل لايفيد الحكم أصلا فاذا قَبَضَ المشترى المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشترى فلو هلك بلا تعد لايضمنه"[٤] .

وقد استثنى المالكية من القول بأن الضمان على المشترى بمجرد القبض في البيع الفاسد كون المبيع مما لايجوز تملكه شرعا فان ضمانه من بائعه ولو قبضه المشترى يقول الدسوقي : " واعلم أن محل ضمان الفاسد بالقبض اذا كان ذلك المبيع الفاسد منتفعا به شرعا فخرج شراء الميتة والزبل فان ضمانه من بائعه ولو قبضه المشترى"[٥] .

واذا قلنا بضمان المشترى للمبيع المقبوض بعقد فاسد فان الفقهاء متفقون على أنه يُضْمَنُ بمثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا

---

(١) كشاف القناع (١٨٦/٣)، الانصاف (٣٦٢/٤)، شرح منتهى الارادات (١٩٠/٢) ، غاية المنتهى (٢٦/٢)، المغني (١٧٣/٤) .

(٢) المحلى (٤١٨/٩) .

(٣) الدر المنتقى (٦٥/٢)، وراجع فتاوى قاضيخان (١٣٤/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٩/٥)، بدائع الصنائع (٣٣٩٣/٧) .

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية (٣٣٤/١) .

(٥) حاشية الدسوقي (٧١/٣) وراجع حاشية العدوي على شرح الرسالة لأبي الحسن (١٤٨/٢) .

هذا اذا تلف كله أما ان تلف بعضه فعليه أرش النقصان[1] ٠

وانما وقع الخلاف بين الفقهاء فى تحديد زمن القيمة هل هو يوم القبض أو يوم التلف على ثلاثة أقوال :

(القول الأول) اعتبار القيمة يوم القبض وهذا هو قول المالكية فى العقد الفاسد المتفق على فساده بين الفقهاء احترازا من المختلف فى فساده فانه لاتجب فيه القيمة أصلا بل الثمن الذى وقع العقد عليه[2] ٠

وممن ذهب الى القول باعتبار القيمة وقت القبض الحنفية[3] ٠

(القول الثانى) عليه القيمة أكثر ماكانت من يوم القبض الى يوم التلف كالغصب وهذا هو مذهب الشافعية[4] ،لأنه مخاطب كل لحظة من جهة

---

(١) استثنى الحنفية ما اذا تلف جزئيا بفعل المشترى فان الأصل فى ذلك عندهم أن المشترى اذا أحدث فى المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب انقطع حق المالك فيه فانه فى هذه الحالة يبطل حق الفسخ ويتقرر حق البائع فى المثل أو القيمة مثال ذلك : اذا كان المبيع بيعا فاسدا قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسما أو عنبا فعصره أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك فهذه التصرفات من المشترى لو حصلت من الغاصب فى العين المغصوبة انقطع حق المالك فى العين وتقرر حقه فى المثل أو القيمة فكذلك فى البيع الفاسد عند الحنفية وذلك لأن القبض فى البيع الفاسد كقبض الغصب لأن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل مايوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البائع فى المبيع الفاسد ٠ راجع : بدائع الصنائع (٣٣٨٨/٧) ٠

(٢) المنتقى (١٩٠/٦)، الكافى (٧٣/٢)، الشرح الكبيروحاشية الدسوقى عليه (٧١/٣)،جواهر الاكليل (٢٧/٢)،وقد نصوا على القاعدة فى ذلك فقالوا : كل فاسد متفق على فساده اذا فات فانه يُمضَى بالقيمة وتعتبر القيمة يوم القبض وكل فاسد مختلف فى فساده اذا فات فانه يُمضَى بالثمن الذى وقع عليه ٠
ونَبّه المالكية على أن هذه قاعدة أغلبية لاتنطبق على جميع المسائل بل لها بعض الاستثناءات ٠ وكذلك لزوم الضمان بالقيمة انما هو أغلبية عندهم وقد استثنوا منها بعض مسائل يكون ضمانها بالأكثر من القيمة أو الثمن أو الأقل من القيمة أو الثمن ٠

(٣) مجمع الأنهر (٦٦/٢)،بدائع الصنائع (٣٣٨٦/٧) ٠

(٤) روضة الطالبين (٤٠٩/٣)، المجموع (٣٦٤/٩ ـ ٣٦٥)، الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٤٦) ٠

الشرع برده؛ . وهو وجه خرجه ابن قدامة على قول الخرقى فى باب الغصب وقال وهو أولى .(١)

(القول الثالث) اعتبار القيمة يوم التلف وهو مذهب الحنابلة .(٢)

والذى يظهر لى والله أعلم أن أعدل الأقوال هو القول الأول الذى يعتبر القيمة يوم القبض لأن قياس البيع الفاسد على الغصب قياس مع الفارق لأن القبض بالعقد الفاسد قبض باذن المالك أما فى الغصب فليس باذن المالك .

وأيضا فان القبض فى العقد الفاسد قبض اقتضاه عقد وان كان فيه فساد وذاك قبض لم يقتضه عقد بحال .(٣) والله أعلم .

---

(١) المغنى (١٧٣/٤) .

(٢) كشاف القناع (١٨٦/٣)، شرح منتهى الارادات (١٩٠/٢)، المغنى (١٧٣/٤) .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٤٠٨/٢٩) .

المطلب الرابع : فى تلف المبيع واتلافه فى مدة الخيار

المسألة الأولى : فى تلف المبيع واتلافه فى خيار المجلس والشرط .

يثبت خيار المجلس للمتعاقدين فى فسخ البيع وامضائه ما داما فى مجلس العقد حتى يتفرقا فان تفرقا من غير فسخ لزم العقد لكل منهما . وهذا الخيار قد قال به جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية[(١)] .

أما الحنفية والمالكية فلا يقولون به بل متى انعقد البيع بالايجاب والقبول فانه يلزم البيع يقول المرغينانى[(٢)] : " واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولاخيار لواحد منهما الامن عيب أو عدم رؤية" .

وجاء فى المدونة[(٣)] : "قلت لابن القاسم : هل يكون البيعان بالخيار مالم يتفرقا فى قول مالك قال : قال مالك : لاخيار لهما وان لم يتفرقا قال:قال مالك : البيع كلام فاذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه" .

وقال ابن عبد البر[(٤)] : " وخيار المجلس عند مالك باطل " .

أما خيار الشرط فانه يثبت للمتعاقدين أو أحدهما متى اشترطاه فى صلب العقد أو بعده فى زمن الخيار الى أمد معلوم وهذا الخيار قول عامة الفقهاء[(٥)] سوى الظاهرية فانهم يقولون ببطلانه ،يقول ابن حزم[(٦)]:

---

(١) الأم (٣/٣)،شرح منتهى الارادات (١٦٦/٢ - ١٦٧) ، المحلى (٢٩٥/٩) .
(٢) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٥٧/٦)،وراجع مجمع الأنهر (٧/٢) ، تبيين الحقائق (٣/٤)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ٤٠٢) .
(٣) (١٨٨/٤) .
(٤) (٥٦/٢) .
(٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٩٨/٦)،روضة الطالبين (٤٤٦/٣)،الكافى فى فقه أهل المدينة (٥٦/٢)،شرح منتهى الارادات (١٦٨/٢) .
(٦) المحلى (٣٢٨/٩) .

"وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشترى أو لهما جميعا أو لغيرهما خيار ساعة أو يوم أو ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل فهو باطل تخيرا انفاذه أو لم يتخيرا فان قبضه المشترى باذن بائعه فهلك فى يده بغير فعله فلا شئ عليه فان قبضه بغير اذن صا حبه لكن بحكم حاكم أوبغير حكم حاكم ضمنه ضمان الغصب وكذلك ان أحدث فيه حدثا ضمنه ضمان التعدى".

بناء على ذلك فان الأحكام التى سنذكرها ان شاء الله تعالى فى تلف المبيع واتلافه فىمدة الخيار هى عند الشافعية والحنابلة تشمل مدة خيار المجلس والشرط لافرق فى ذلك عندهم أما الحنفية والمالكية فهي خاصة بخيار الشرط .

وقد اختلف قول الفقهاء فى آثار تلف المبيع واتلافه فى مدة خيار المجلس والشرط وأكثر بعضهم من التفصيل والتفريع فى ذلك كالحنفية والمالكية وفيما يلى نعرض رأى كل مذهب ومارتب من آثار على التلف والاتلاف فى مدة الخيار .

أولا : مذهب الحنفية فيما اذا تلف المبيع أو أتلف فى مدة خيار الشرط[(١)] :

(أ) تلف المبيع واتلافه فى مدة خيار الشرط قبل قبض المشترى له :

يرى الحنفية أن المبيع اذا تلف تلفا كليا فى مدة الخيار قبل قبض المشترى له فان البيع يبطل سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما جميعا لأنه لو كان البيع باتا لاخيار فيه لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط يكون أولى بالبطلان لأنه أضعف منه .

---

(١) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٣٣٠٧/٧ - ٣٣١٤،٣٣٠٨ - ٣٣١٦)، الهداية مع شرح فتح القدير (٣٠٦/٦ - ٣١٣،٣٠٨ - ٣١٤)، تبيين الحقائق (١٦/٤ - ١٧)، مجمع الأنهر والدر المنتقى بحاشيته (٢٥/٢ - ٢٦)، جامع الفصولين (٣٣٠/١)، المبسوط (٤٩/١٣، ٦٤)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٧٢/٤، ٥٧٥) .

أما اذا كان التلف جزئيا وكان الخيار للبائع فان كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع فلا يبطل البيع وهو على خياره لأن ما انتقص منه من غير فعله غير مضمون عليه بحيث لايسقط بحصته شئ من الثمن فان شاء فسخ البيع وان شاء أجاز . فان أجازه فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض .

وان كان بفعل أجنبى لم يبطل البيع أيضا والبائع على خياره لأن قدر النقصان هلك الى خُلْفٍ وهو الضمان فكان قائما معنى فلم يبطل البيع فى قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع وأَتْبَعَ الجانى بالأرش وان شاء أجاز البيع وأَتْبَعَ المشترى بالثمن والمشترى يَتْبَعُ الجانى بالأرش .

وكذلك الحال اذا كان بفعل المشترى فلا يبطل البيع والبائع على خياره لأن المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشترى فكان هلاكا الى خُلْفٍ كاتلاف الأجنبى - فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع وأَتْبَعَ المشترى بالضمان .وان شاء أجازه وأَتْبَعَ المشترى بالثمن .

أما اذا كان بفعل البائع فانه يبطل البيع لأن ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى أنه يسقط عن المشترى حصته من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشترى .

(ب) تلف المبيع واتلافه فى مدة خيار الشرط بعد قبض المشترى له :

يرى الحنفية أن المبيع اذا تلف تلفا كليا بعد قبض المشترى له فان كان الخيار للبائع فان البيع يبطل ويلزم المشترى مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان متقوما .

أما بطلان البيع فلأن المبيع صار بحالة لايحتمل انشاء العقد عليها فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة .

أما اذا كان الخيار للمشترى فان البيع لايبطل ولكن يبطل الخيار فيلزمه البيع وعليه دفع الثمن المتفق عليه وانما لزمه هنا دفع الثمن

لا القيمة كما هو الحال اذا كان الخيار للبائع فانه على أصل محمد وأبى يوسف اذا كان الخيار له يكون قد ملك المبيع بالعقد فاذا قبضه تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما فى البيع البات[1] .

وأما على أصل أبى حنيفة فالمشترى وان لم يملكه فقد اعترض عليه فى يده مايمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لأن الهلاك لايخلو عن تقدم عيب عادة وتعيب المبيع فى يد المشترى يمنع الرد ويلزم البيع فاذا هلك يهلك بالثمن.

هذا فى حالة التلف : أما فى حالة الاتلاف فان كان الخيار للبائع فلايبطل البيع سواء كان المُتْلِفُ المشترى أو الأجنبى والبائع على خياره لأنه يهلك الى خُلْفٍ وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره والهالك الى خُلْفٍ قائم معنى فكان المبيع قائما فكان مُحْتَمِلاً للاجازه فان أجاز وكان المُتْلِفُ هو الأجنبى فان البائع يطالب المشترى بالثمن والمشترى يرجع على الأجنبى بالضمان . وان كان المُتْلِف هو المشترى فانه يَتْبَعُه بالثمن . وان فسخ البيع أتبع الأجنبى أو المشترى بالضمان أيهما كان من قِبَلِهِ الاتلاف .

هذا اذا كان التلف كليا أما اذا كان جزئيا : فقد ذهب الحنفية الى التفريق بين ما اذا كان الخيار للبائع أو للمشترى ،فان كان الخيار للبائع ثم تعيب المبيع بعد القبض فى يد المشترى بفعل أجنبى أو بفعل المشترى أو بآفة سماوية فالبائع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشترى جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشترى أو بفعل أجنبى أو بآفة سماوية لأن البيع جاز فى الكل ولايكون للمشترى خيار الرد بحدوث النقص لأنه حدث فى يده وفى ضمانه .

---

(١) ينبغى التنبه الى أن الأصل عند محمد وأبى يوسف أن الخيار اذا كان للمشترى فان المبيع يخرج عن ملك البائع ويدخل فى ملك المشترى وعند أبى حنيفة يخرج من ملك البائع ولايدخل فى ملك المشترى بمعنى أنه يكون موقوفا . راجع التفصيل فى ذلك والأدلة : الهداية مع شرح فتح القدير (٣٠٦/٦ ـ ٣٠٧) ،تبيين الحقائق (١٦/٤) .

غير أنه ان كان التعييب بفعل أجنبى فللمشترى أن يتبع الجانى بالأرش لأنه ملك العين باجازة البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه ٠

وان اختار البائع الفسخ : فان كان النقص حصل بفعل المشترى أو بآفة سماوية فان البائع يأخذ الباقى ويأخذ أرش الجناية من المشترى لأن المبيع كان مضمونا على المشترى بالقيمة فلو هلك فى يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته ٠

أما اذا كان النقص حصل بفعل أجنبى فان البائع اذا اختار الفسخ يكون بالخيار بين أن يتبع الجانى بالأرش لأن الجناية حصلت على ملكه ٠ وان شاء أتبع المشترى لأن الجناية حصلت فى ضمانه والمشترى يرجع بما ضمن من الأرش على الأجنبى لأن المشترى قام مقام البائع فى حق ملك بدل الفائت ٠

هذا اذا حصل التلف الجزئى بعد القبض وكان الخيار للبائع ٠ أما اذا كان الخيار للمشترى فان المبيع اذا انتقص بأن تعيب فى يده بعيب لايحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشترى أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبى فان المشترى يبطل خياره لأن حدوث العيب فى يده يمنع الرد على البائع واذا امتنع الرد لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فيبطل خياره ويلزم البيع وعليه دفع الثمن ٠

أما اذا حصل النقض بفعل البائع فكذلك القول عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف المشترى على خياره ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الأرش من البائع ٠

ثانيا : مذهب المالكية فيما اذا تلف المبيع أو أتلف فى مدة خيار الشرط[1] :

يرى المالكية أن ضمان المبيع اذا تلف فى مدة الخيار من البائع سواء تلف فى يد المشترى أو يد البائع وسواء كان الخيار له أو للمشترى أولهما معا أو لغيرهما ٠

وعلى المشترى اذا ضاع المبيع فى يده وكان مما لايغاب عليه أن يحلف للبائع سواء كان متهما أم لا ٠ فيحلف غير المتهم أنه مافرط فقط ويحلف المتهم أنه قد ضاع ومافرط ثم يبرأ بذلك من الضمان ويكون على البائع ٠

واستثنى المالكية بعض حالات يكون الضمان فيها من المشترى لامن البائع :

(١) اذا كان المبيع مما لايغاب عليه وظهر كذب المشترى كأن يقول ضاعت الدابة مثلا أو ماتت فتقول البينة باعها أو أكلها ٠ أو يقول ضاعت يوم كذا فتقول البينة رأيناها عنده بعده ففى هذه الحالة يضمنها ولاتتوجه عليه اليمين اذ لايمين مع ظهورالكذب ٠

(٢) اذا كان المبيع مما لايغاب عليه ولم يظهر كذبه ولكن نكل عن اليمين ٠

(٣) اذا كان المبيع مما يغاب عليه ولابينة له بالتلف والضياع ٠

وكيفية الضمان عند المالكية كما يلى :

ان كان الضمان من البائع فانه يرد الثمن للمشترى[2] ان كان قبضه

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٠٤/٣ ـ ١٠٥)، المدونة (١٩٢/٤ ـ ١٩٣، ١٩٧)، منح الجليل (٦٢٣/٢ ـ ٦٢٦)، جواهر الاكليل (٣٧/٢ ـ ٣٩)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٥٧/٢)، وراجع بداية المجتهد (١٨٤/٢) ٠

(٢) ذكرنا فيما سبق فى البيع البات الذى لاخيار فيه أن المشترى بالخيار بين فسخ البيع لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التمسك ويطالب البائع بمثله أو قيمته وهنا ليس للمشترى الا الثمن فقط ولاخيار له قال الدسوقى : "وانما خُيِّرَ المشترى هنا أى فى البت دون الخيار مع أن ضمان السلعة فى المسألتين من البائع لأن العقد فى البيع البات منبرم فَتَعَلّقُ المشترى بها أقوى من تَعَلّق البائع لكون السلعة على ملكه وماتقدم ـ يعنى به بيع الخيار ـ كانت على ملك البائع " ٠ انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (١٤٧/٣) ٠

سواء كان الخيار له أو للمشترى أو لأجنبى ٠

وان كان الضمان من المشترى : فهذا لايخلو أن يكون الخيار للمشترى أو للبائع أو لهما معا :

(١) فان كان الخيار للبائع : فان المشترى يضمن للبائع الأكثر من قيمته يوم قبضه أو ثمنه فان كان الثمن أكثر أو مساويا للقيمة غَرِمَ الثمن وان كانت القيمة أكثر من الثمن غرم القيمة ٠
وان أراد أن يَغْرَم الثمن وهو أقل من القيمة فانه يحلف فيما يغاب عليه أنه مافرط ومن ثم يضمن الثمن دون الثفات الى القيمة أما مالايغاب عليه فان كان قد ظهر كذبه فلا يحلف لأنه لايمين مع ظهور الكذب ٠

(٢) اذا كان الخيار للمشترى : فادعى ضياعه وتلفه فانه يضمن الثمن فقط لأنه يُعَدُّ راضيا وسواء كان الثمن أقل من القيمة أو أكثر فان كانت القيمة أقل من الثمن وأراد أن يدفع القيمة فانه عند أشهب من المالكية يحلف أنه لم يُرِدِ الشراء ٠

(٣) وان كان الخيار لهما : فالظاهر عندهم تغليب جانب البائع لأن الملك له وحينئذ فيضمن المشترى الأكثر من الثمن والقيمة ان لم يحلف انه مافرط فيما يغاب عليه فان حلف ضمن الثمن فقط ان كان أقل من القيمة ٠

هذا قول المالكية فيما اذا تلف المبيع بغير فعل الآدمى ،أما اذا أتلفه آدمى فلا يخلو أن يكون المتلف هو البائع ،أو المشترى أو الأجنبى :

(١) تلف المبيع فى مدة الخيار بجناية البائع :

اذا أتلف البائع المبيع فى مدة الخيار فاما أن يكون الخيار له أو للمشترى :

(أ) ان كان الخيار له وتلف كل المبيع فالبيع ينفسخ سواء كان اتلافه عمدا أو خطأ ٠

أما اذا تلف بعضه فيفرق بين العمد والخطأ :

فان كان عمدا فان فعله هذا دال على رد المبيع قبل جنايته لأن هذا التصرف لايفعله الانسان الا فى ملكه .

وان كان خطأ فان أجاز البائع لما له من خيار فان للمشترى خيار الرد بالعيب فان تمسك بالبيع فلا شىء له وان رد أخذ جميع الثمن .

(ب) ان كان الخيار للمشترى وتلف كل المبيع فان كانت الجناية عمدا فان البائع يضمن للمشترى الأكثر من الثمن أو القيمة لأن للمشترى أن يختار الردّ إذا كان الثمن أكثر أو الامضاء ان كانت القيمة أكثر .

وان كانت الجناية خطأ انفسخ البيع .

وكذلك الحال اذا تلف بعضه فانه يفرق بين العمد والخطأ :

فان كانت جنايته عمدا فالمشترى بالخيار بين رد البيع وامضاؤه فاذا اختار الامضاء أخذ أرش الجناية من البائع .

وان كانت الجناية خطأ فللمشترى أخذه ناقصا ولاشىء له لأن بيع الخيار مُنْحَل(1) فجناية البائع على ملكه وللمشترى أن يفسخ البيع .

(٢) تلف المبيع فى مدة الخيار بجناية المشترى :

اذا أتلف المشترى المبيع فى مدة الخيار فاما أن يكون الخيار له أو للبائع :

(أ) ان كان الخيار له وتلف كل المبيع فانه يضمن للبائع الثمن كله سواء كان اتلافه عمدا أو خطأ .

أما اذا تلف بعضه فيفرق بين العمد والخطأ :

فان كانت جنايته عمدا فهو رضا بالبيع ويلزمه الثمن المُسمّى .

وان كانت جنايته خطأ فله رده ومانقص وله التمسك بالبيع ولاشىء له .

---

(1) ومعنى قولهم ان بيع الخيار مُنْحَلّ :أى ان المبيع فى الخيار على ملك البائع وهذا هو المعتمد عندهم فيكون امضاء البيع نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشترى وعلى القول الثانى ان البيع منعقد والملك للمشترى الاأنه ملك غير تام فيكون امضاء البيع تقرير لملك المبيع للمشترى الذى حصل أصل ملكه بالعقد ذكر هذا المعنى الدسوقى فى حاشيته (١٠٣/٣) .

(ب) ان كان الخيار للبائع : فان تلف كل المبيع فيضمن للبائع الأكثر من الثمن والقيمة سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ ٠

أما اذا تلف بعضه فان للمالكية فى ذلك طريقان :

(الطريق الأول) ماذهب اليه خليل فى مختصره من أن جنايته سواء كانت عمدا أو خطأ فان البائع يخير بين أن يرد البيع ويأخذ الأرش ٠ واما أن يمضى البيع ويأخذ الثمن ٠

(الطريق الثانى) ماذهب اليه ابن عرفه واعتمده بعض المالكية واقتصر عليه بعضهم كما أشار الى ذلك الدسوقى (١) وهو التفريق بين العمد والخطأ :

فان كانت جناية المشترى عمدا فان البائع بالخيار بين أن يرد البيع ويأخذ أرش الجناية واما أن يمضى البيع ويأخذ الثمن وهو التخيير الذى ذهب اليه خليل ٠

وان كانت الجناية خطأ خير المشترى بين أخذ المبيع ودفع الثمن وأرش الجناية واما أن يترك المبيع للبائع ويدفع أرش الجناية ٠

(٣) تلف المبيع فى مدة الخيار بجناية أجنبى :

فان أتلفه الأجنبى تلفا كليا فانه ينفسخ البيع ويضمن البائع للمشترى جميع الثمن ويرجع البائع على الأجنبى بالضمان ٠

وان تلف بعضه فالأرش للبائع والمشترى بالخيار اما أن يأخذ المبيع معيبا مجانا واما أن يرد ولاشىء عليه ٠

ثالثا : مذهب الشافعية (٢) فيما اذا تلف المبيع أو أتلف فى مدة خيار المجلس أو الشرط :

يرى الشافعية التفريق بين تلف المبيع قبل قبض المشترى له وبعد قبض المشترى له ٠

---

(١) حاشية الدسوقى (١٠٥/٣) ٠

(٢) أسنى المطالب شرح روضة الطالب (٥٤/٢)، روضة الطالبين (٤٥١/٣ -٤٥٣) المجموع (٢٠٧/٩ - ٢٠٨)، الأم (٤/٣) ٠

(الحالة الأولى) تلف المبيع فى زمن الخيارين قبل قبض المشترى :

(١) اذا حصل التلف بآفة سماوية فان البيع ينفسخ ويتلف من مال البائع ·

(٢) اذا حصل التلف بفعل آدمى وكان الخيار للبائع وحده انفسخ البيع أيضا ·

وان كان الخيار لهما معا أو للمشترى وحده : فان كان المتلف هو المشترى فان العقد لاينفسخ ويستقر عليه الثمن لأنه باتلافه المبيع صار قابضا له كما لو أتلف المالك المغصوب فى يد الغاصب ·

وان كان المتلف أجنبى فكذلك الحال لاينفسخ العقد لقيام البدل اللازم له من قيمة أو مثل مقامه والخيار بحاله ·

(الحالة الثانية) تلف المبيع فى زمن الخيارين بعد قبض المشترى له :

تلف المبيع فى زمن الخيارين بيد المشترى لايخلو اما أن يكون تلف بآفة سماوية أو بفعل آدمى :

(١) ان حصل التلف بآفة سماوية : فلا يخلو أيضا اما أن يكون الخيار للبائع وحده أو للمشترى وحده أو لهما معا :

(أ) ان كان الخيار للبائع وحده : فان عقد البيع ينفسخ لأنه ينفسخ بذلك عند بقائه فى يده فعند بقاء ملكه أولى ،ولأن نقل الملك بعد التلف لايمكن ·

وبناء على ذلك فان البائع يرد الثمن للمشترى ،ويغرم المشترى للبائع البدل وهو المثل أو القيمة كضمان المستعير والمستام ·

(ب) ان كان الخيار للمشترى وحده أو لهما معا فان البيع لاينفسخ فى أصح القولين أو الوجهين وذلك لدخول المبيع فى ضمان المشترى بالقبض ·

بناء على ذلك : فان الخيار باق على حاله فى أصح الوجهين فان تم العقد وجب الثمن والا وجب البدل على المشترى وهو المثل أو القيمة ويسترد الثمن من البائع ·

(٢) ان حصل التلف بفعل الآدمى : فلا يخلو أيضا اما أن يكون الخيار للبائع وحده أو للمشترى وحده أو لهما معا :

(أ) ان كان الخيار للبائع وحده انفسخ عقد البيع لأنه ينفسخ بذلك عند بقائه فى يده فعند بقاء ملكه أولى .

(ب) ان كان الخيار للمشترى وحده أولهما معا فيفرق بين ما اذا أتلفه أجنبى أو المشترى أو البائع :

فان كان المتلف أجنبيا لم ينفسخ البيع لقيام البدل اللازم له من قيمة أو مثل مقامه والخيار بحاله .

وان كان المتلف للمبيع هو المشترى فان الثمن يستقر عليه باتلافه .

وان كان المتلف للمبيع هو البائع فكما لو تلف بآفة سماوية بمعنى أن البيع لاينفسخ لدخوله فى ضمان المشترى بالقبض ولم ينقطع الخيار ويلزم المشترى دفع الثمن للبائع ان تم البيع وان فُسِخَ فالبدل على المشترى وهو المثل أو القيمة ويسترد الثمن من البائع .

وكل ماسبق فيما اذا تلف المبيع تلفا كليا أما ان تلف بعض المبيع فقد قال الشافعية :

فيمن اشترى عبدين فتلف أحدهما فى زمن الخيار : ان كان الخيار للبائع وحده انفسخ البيع فى التالف دون الباقى سواء تلف بعضه قبل قبض المشترى أو بعده .

أما ان كان الخيار للمشترى وحده أو لهما معا فلا ينفسخ البيع اذا كان بعد قبض المشترى و ذلك لدخوله فى ضمانه .

رابعا : مذهب الحنابلة[1] فيما اذا تلف المبيع أو أتلف فى مدة خيار المجلس أو الشرط :

اذا تلف المبيع زمن الخيارين أو نقص بعيب فمن ضمان المشترى سواء كان التلف بعد القبض أو قبله ان لم يمنعه البائع من القبض فان

---

(١) كشاف القناع (١٩٣/٣)، شرح منتهى الارادات (١٧٠/٢، ١٧٢)، الانصاف (٣٨٠/٤، ٣٨٨ - ٣٨٩)، المغنى (٤٨٦/٣ - ٤٨٧، ٤٨٩)، المبدع (٧١/٤، ٧٤) .

منعه فانه غاصب والضمان عليه .وسواء فى ذلك كان الخيار لهما أو لأحدهما وذلك لانتقال المبيع زمن الخيارين الى ملك المشترى .

واستثنى الحنابلة من ذلك المبيع اذا كان فيه حق توفيه كالمكيل اذا بيع كيلا والموزون اذا بيع وزنا والمعدود اذا بيع عدا،والمذروع اذا بيع ذرعا فانه لايدخل فى ضمان المشترى الا بالقبض فان تلف قبل القبض بطل البيع وبطل معه الخيار سواء كان خيار المجلس أو الشرط وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما الا اذا كان المتلف هو المشترى فيكون فى ضمانه ويبطل خياره .

منشأ الخلاف فى هذه المسألة :

اختلاف الفقهاء فى تبعة تلف المبيع فى مدة الخيار على من تقع هل هى على البائع أو على المشترى مَبْنِيٌّ على اختلافهم فى ملك المبيع فى مدة الخيار لمن يكون هل هو للبائع أو للمشترى وحاصل أقوالهم فى ذلك :

(١) يرى الحنفية[(١)] أن الخيار اذا كان للبائع فانه يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام البيع انما يحصل بالرضا من الطرفين ولايتم الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه .

أما اذا كان الخيار للمشترى فعند أبى حنيفة يخرج المبيع عن ملك البائع ولايدخل فى ملك المشترى بمعنى أنه يصير موقوفا .

وعند الصاحبين : اذا خرج من ملك البائع دخل فى ملك المشترى .

(٢) أما المالكية[(٢)] فالمعتمد عندهم : أن ملك المبيع فى مدة الخيار للبائع وعليه فامضاء البيع يعنى نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشترى .

ومقابل المعتمد عندهم : أن الملك فى مدة الخيار للمشترى الا أنه

---

(١) الهداية وشرح فتح القدير (٣٠٥/٦ - ٣٠٦) .

(٢) حاشية الدسوقى (١٠٣/٣) .

ملك غير تام لاحتمال رده . وعليه فامضاء البيع تقرير لملك المشترى الحاصل بأصل العقد .

وعلى هذا القول قالوا : ان الضمان من البائع أيضا لأن الملك للمشترى غير تام .

(٣) أما الشافعية فعندهم فى ملك المبيع زمن الخيار ثلاثة أقوال مشهورة وقد صحح كل قول من هذه الأقوال طائفة منهم (١) . وأظهر هذه الأقوال هو ماشى عليه النووى فى المنهاج فقد قال : " والأظهر أنه ان كان الخيار للبائع فملك المبيع له وان كان للمشترى فله وان كان لهما فموقوف " (٢) .

(٤) أما الحنابلة فالمذهب (٣) عندهم أن الملك ينتقل فى المبيع فى زمن الخيارين الى المشترى بنفس العقد .

وقد استظهر القاضى أبو الوليد بن رشد الحفيد أن منشأ الخلاف بين الفقهاء فى ضمان المبيع فىمدة الخيار اختلافهم فى لزوم العقد وعدمهفى مدة الخيار فمن قال ان العقد غير لازم فى مدة الخيار جعل ضمان المبيع من البائع .

ومن شبّه بيع الخيار بالبيع اللازم جعل الضمان للمشترى (٤) .

ولاشك أن من يقول بلزوم العقد يقول بانتقال الملك فعليه ينتقل الضمان . ومن يقول بعدم لزوم العقد يقول بعدم انتقال الملك فلا ينتقل الضمان .

واستظهار قول من هذه الأقوال يستدعى استقصاء الدليل فى ذلك وهذا يخرجنا عن موضوع البحث ،والله أعلم .

---

(١) المجموع (٢٠١/٩) .
(٢) المنهاج مع شرحه مغنى المحتاج (٤٨/٢) .
(٣) الانصاف (٣٧٨/٤)،كشاف القناع (١٩٣/٣)، المغنى (٤٨٨/٣) .
(٤) بداية المجتهد (١٨٤/٢) .

المسألة الثانية : فى تلف المبيع واتلافه فى خيار التعيين .

البيع بخيار التعيين أجازه الحنفية استحسانا (١) وكذلك أجازه المالكية (٢) ومنعه الشافعية (٣) والحنابلة (٤) لكون المبيع غيرمعلوم .

والبيع بخيار التعيين كما وصفه الحنفية هو أن يقول البائع للمشترى بعتك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الأشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى (٥) .

واشترط بعض الحنفية لصحة هذا البيع أن يكون فيه خيار شرط مثل أن يقول البائع على أن تأخذ أيهما شئت .

قال ابن الهمام (٦) : " كما هو المذكور فى الجامع الصغير ... ونسبه قاضيخان الى أكثر المشايخ وقال شمس الأئمة فى جامعه هو الصحيح" .

وقال بعضهم لايشترط ذلك قال ابن الهمام (٧) : "وهو المذكور فى الجامع الكبير وغيره والمذكور فى الجامع الصغير من الصور وقع اتفاقا لاقيدا وصححه فخر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع" .

وقد ذكر الحنفية وجه جواز مثل هذا البيع استحسانا وان كان القياس عدم جوازه وهو أن خيار الشرط انما شرع للحاجة الى رفع الغبن ليختار ماهو الأرفق والأوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة

---

(١) الهداية مع شرح فتح القدير (٣٢٥/٦)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٢٣/٢)، تبيين الحقائق (٢١/٤) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٠٦/٣)، المدونة (١٨٦/٤) ومابعدها، الكافى فى فقه أهل المدينة (٥٧/٢) .

(٣) المجموع (٢٧٦/٩)، روضة الطالبين (٣٥٨/٣ - ٣٥٩)، مغنى المحتاج (١٦/٢) .

(٤) شرح منتهى الارادات (١٤٨/٢)، المغنى (٩٩/٤)، الانصاف (٣٠٢/٤)، المحرر والنكت والفوائد السنية عليه (٢٩٤/١) .

(٥) بدائع الصنائع (٣٢٨٩/٧) . وراجع نفس التعريف عند المالكية حاشية الدسوقى (١٠٦/٣) ويطلقون عليه بيع الاختيار .

(٦) شرح فتح القدير (٣٢٦/٦) .

(٧) المرجع نفسه .

لأن الانسان قد يحتاج الى رأى غيره فى اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر أو لايستطيع أن يحضر الى السوق لعلو مكانه أو كون من يريد أن يأخذ رأيه امرأة متحجبة لاسيما ان كانت زوجته فلا ينبغى له أن يتركها تلج الأسواق وتمارس البيع والشراء مع الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق ولايمكنه البائع من حمله الى من يريد أخذ رأيه فيه الا مبيعا فكان فى معنى ماورد به النص فيجوز . ومادام أنه قد جاز للحاجة فيقدر بقدرها بناء على ذلك فقد اشترط فقهاء الحنفية أن لايتجاوز التخيير بين ثلاثة أشياء قالوا لأن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والمتوسط فيها فلارخصة فى الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة (1) .

واذا ثبت أن جواز هذا البيع للحاجة فان بعض فقهاء الحنفية يرى أن خيار التعيين يختص بالمشترى فقط دون البائع . ويرى بعضهم أنه يثبت للبائع كما يثبت للمشترى استحسانا وهذا القول هو الذى سنفرّع عليه أحكام التلف والاتلاف فى بيع خيار التعيين ان شاء الله تعالى وهو مافعله الكاسانى رحمه الله (2) .

وقد ذكر هذين القولين ابن الهمام بقوله : " واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ماهو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لايجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لاحاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه فيُرَدُّ جانب البائع الى القياس ولهذا نص فى المجرد على أنه لايجوز فى جانب البائع ،وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا لأنه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط (3) ".

---

(1) الهداية وشرحها فتح القدير (٣٢٥/٦ - ٣٢٦)،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٢١/٤) .

(2) بدائع الصنائع (٣٢٩٠/٧) ومابعدها،وانظر الدر المنتقى (٣١/٢) فقد جاء فيه : " وقد جَوَّزَهُ الكرخى للبائع استحسانا ... وفى شرح التلخيص والكافى هو الأصح قلت ونصره فى النهر على خلاف مافى الفتح وان تبعه البهنسى" .

(3) شرح فتح القدير (٣٢٦/٦) .

وفيما يلى نذكر أحكام التلف والاتلاف فى هذا البيع والآثار المترتبة على العقد فى مذهب المجيزين له وهم الحنفية والمالكية .

أولا : مذهب الحنفية .

يرى الحنفية أن خيار التعيين يوجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما ويبقى الثانى أمانة فى يده . وبناء على ذلك :

فقد قال الحنفية : اذا تلف المبيع كله فى خيار التعيين قبل القبض بطل البيع لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع وسواء كان الخيار للبائع أو للمشترى .

أما اذا تلف بعضه بأن تلف أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع اذا كان الخيار للمشترى لأنه يُحْتَمَلُ أن يكون التالف هو المبيع فيبطل البيع بتلفه ويُحْتَمَلُ أن يكون غيره فلا يبطل البيع . والبيع قد صَحَّ بيقين ووقع الشك فى بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشترى على خياره ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك لأن المبيع قد تغير قبل قبضه بخيار التعيين فيوجب الخيار .

أما اذا كان الخيار للبائع : فان البائع على خياره ان شاء أَلْزَمَ المشترى الباقى منهما لأنه تَعَيَّنَ وان شاء فسخ البيع فيه لأنه غير لازم وليس له أن يلزمه التالف منهما لأنه تلف أمانة .

أما اذا تعيب أحدهما قبل القبض فان كان الخيار للمشترى فان شاء أخذ المعيب منهما وان شاء أخذ الآخروان شاء تركهما كما لو لم يحدث عيب أصلا . ولايتعين المعيب للبيع لأن التعيين لم يوجد من المشترى لانصا ولادلالة .

أما اذا تعيب أحدهما والخيار للبائع فخياره على حاله وله أن يلزم المشترى أيهما شاء كما قبل التعيب وله أن يفسخ البيع ويستردهما لأن البيع غير لازم له فله ولاية الفسخ .

ثم ينظر : ان اختار امضاء البيع فى أحدهما فان كان غير المتعيب لزم البيع ولاخيار للمشترى فى تركه ٠

وان كان مالزمه هو المتعيب فالمشترى بالخيار لأن المبيع قد تغير قبل القبض وتعيب المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشترى ٠

وان اختارَ البائعُ فَسْخَ البيع وكان العيب قد حصل فى يده فلا شئ له لأن العيب قد حصل فى ضمانه ٠

هذا كله فيما اذا حصل التلف الكلى أو الجزئى قبل القبض أما اذا حصل بعد قبض المشترى للمبيع : فاما أن يتلف كله أو بعضه وفى كلتا الحالتين اما أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى :

(١) فأما ان تلف كل المبيع بعد القبض فلا يخلو أن يتلف على التعاقب أو يتلف معا :

(أ) فان كان الخيار للبائع وتلف على التعاقب فالأول يهلك أمانة وعلى المشترى قيمة آخرهما هلاكا لأنه تعين للبيع ٠ ولأنه مبيع هلك فى يد المشترى وفيه خيار للبائع فتجب القيمة ٠

أما اذا تلف معا فانه يلزم المشترى نصف قيمة كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ٠

(ب) ان كان الخيار للمشترى وتلف على التعاقب فالأول يهلك مبيعا والآخر أمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة مستحقة الرد على المشترى الى البائع وقد خرج التالف عن احتمال الرد فيه فتعين الباقى للرد فتعين التالف للبيع ضرورة ٠

أما اذا حصل التلف معا فانه يلزم المشترى ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا ٠

(٢) أما ان تلف بعض المبيع بعد القبض مثل أن يكون المبيع ثوبين فيتلف أحدهما فهذا لايخلو أيضا اما أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى :

(أ) فان كان الخيار للبائع وتلف أحدهما بعد القبض كان التالف أمانة كما لو هلك قبل القبض وللبائع أن يُلْزِمَ المشترى الباقى وان شاء فسخ البيع فيه لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيتلف على ملك البائع وله الخيار .

(ب) وان كان الخيار للمشترى وتلف أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن التالف منهما تَعَيَّنَ للبيع ولزمه الثمن وتعين الآخر للأمانة لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة والأمانة منهما مستحق ردها على البائع وقد خرج التالف عن احتمال الرد فيه فتعين الباقى للرد فتعين التالف للبيع ضرورة .

(٣) تَعَيَّبَ أحدهما بعد قبض المشترى : فلا يخلو أن يكون الخيار للمشترى أو للبائع :

(أ) فان كان الخيار للمشترى فان المعيب يتعين للبيع ويلزمه ثمنه ويتعين الآخر للأمانة كما اذا تلف أحدهما بعد القبض لأن تعيب المبيع يعنى تلف البعض فلهذا مُنِعَ الرَّدُّ ولزم البيع فى المعيب المعين فكذا فى غير المعين يمنع الرد ويتعين للبيع .

ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الأول للبيع ولزم ثمنه ويُرَدُّ الآخر لما قلنا ولايغرم بحدوث العيب شيئا لأنه أمانة .

وان تعيبا معا فلا يتعين أحدهما للبيع لأن أحدهما ليس أولى بالتعيين من الآخر وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لأنه اذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره الا أنه ليس له أن يَرُدَّهُمَا جميعا لأن البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط .

(ب) وان كان الخيار للبائع وتعيب أحدهما أو تعيبا معا بعد قبض المشترى فخيار البائع على حاله فله أن يُلْزِمَ المشترى أيهما شاء كما قبل التعيب وله أن يفسخ البيع ويستردهما لأن البيع غير لازم له فله ولاية الفسخ .

ثم ينظر ان اختار امضاء البيع فان كان قد ألزمه غير المتعيب منهما لزمه القبول ولاخيار له فى تركه وكذلك ان ألزمه المتعيب لأن التعيب بعد القبض لايثبت الخيار .

وان اختار الفسخ وكان التعيب حصل بيد المشترى فللبائع أن يأخذ من المشترى نصف نقصان كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولايعلم أحدهما من الآخر (١) .

ثانيا : مذهب المالكية .

مايسميه الحنفية خيار التعيين يسميه المالكية (٢) بيع الاختيار وهو البيع الذى جَعَلَ فيه البائع للمشترى التعيين لما اشتراه كأبيعك أحد هذين الثوبين على البَتّ بدينار وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيه واحدا منهما . ففى مثل هذا البيع اذا ادعى المشترى ضياعهما معا أو ادعى ضياع أحدهما فانه يلزمه النصف من كل منهما بكل الثمن لأن ثوبا قد لزمه ولايعلم ماهو منهما فوجب أن يكون فيهما شريكا . قال الدردير : " وسواء كانا بيد البائع أو المشترى كان المبيع مما يغاب عليه أم لا " (٣) .

واستثنى المالكية ما اذا جعل له البائع الخيار فى الأخذ والرد (٤) بعد التعيين ويسمونه بيع الاختيار والخيار، مثل أن يشترى المشترى أحد ثوبين لابعينه من شخص واحد ليختار واحدا منهما وهو فيما يختاره بالخيار فى امساكه ورده .

---

(١) راجع فى أحكام التلف السابقة عند الحنفية : بدائع الصنائع (٣٢٨٩/٧ - ٣٢٩١، ٣٢٩٣ - ٣٢٩٤)، المبسوط (٥٥/٧ - ٥٧)، الهداية مع شرح فتح القدير (٣٢٨/٦) ومابعدها، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٢٢/٤)، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٣١/٢ - ٣٢) .

(٢) حاشية الدسوقى والشرح الكبير (١٠٦/٣) .

(٣) الشرح الكبير (١٠٧/٣) .

(٤) حاشية الدسوقى والشرح الكبير (١٠٦/٣) .

فيرى المالكية فى مثل هذا البيع أن المشترى اذا ادعى ضياعهما معا فانه يضمن واحدا منهما بالثمن الذى وقع عليه البيع ان كان الخيار له .

وان كان الخيار للبائع فانه يضمن الأكثر من الثمن والقيمة الا أن يحلف لقد ضاعت ومافرّطتُ فيضمن الثمن خاصة .

ولاضمان عليه فى الثانى لأنه أمين فيه . وسواء فى ذلك دفعهما اليه البائع بطوعه، أو بسؤال المشترى.هذا اذا لم تقم للمشترى بينة على التلف أما اذا قامت فانه لاضمان عليه فى مفهوم قول خليل كما قرّره الدردير فقد قال : "وفهم من قوله فادعى أنه ان قامت له بينة بذلك لم يضمن شيئا"[1] .

هذا فى حال التلف الكلى أما فى التلف الجزئى مثل أن يدعى المشترى ضياع أو تلف أحد الثوبين فى بيع الاختيار والخيار فقد قال المالكية ان لم تقم له بينة على التلف فانه يضمن نصف التالف لعدم العلم بالضائع هل هو المبيع او غيره . وله اختيار الباقى ورده ان كان زمن الخيار باقيا . جاء فى المدونة : " قلت أرأيت لو أن رجلا اشترى ثوبين أو عبدين على أن يأخذ أحدهما بألف درهم أيهما شاء أخذ وهو بالخيار ثلاثا فمات أحد العبدين أو ضاع أحد الثوبين ؟ قال مالك : اذا اشترى الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن قد سماه فضاع أحد الثوبين أن الضياع من المشترى فى نصف الثوب . قال سحنون : ولايضمن الا ذلك ولو ضاعا جميعا لم يضمن الاثمن واحد لأنه أخذ واحدا على الضمان والآخر على الأمانة"[2] .

---

(١) الشرح الكبير (١٠٦/٣)،وراجع منح الجليل (٦٢٦/٢) فقد جاء فيه : "والثانى يضمن واحدا بالثمن ولو قامت له بينة عليه ... وهو ظاهر المدونة" .

(٢) (١٨٦/٤ - ١٨٧) وراجع جواهر الاكليل (٣٩/٢)،منح الجليل (٦٢٦/٢-٦٢٧) الكافى فى فقه أهل المدينة (٥٧/٢) .

المسألة الثالثة : فى أثر تلف المبيع واتلافه على خيار العيب ٠

لاخلاف بين الفقهاء فى مشروعية رد المبيع بخيار العيب اذا قبضه المشترى ثم وجده معيبا ٠

ولاخلاف بينهم أن تلف المبيع المعيب كليا مسقط لخيار الرد بالعيب الا أن للمشترى الرجوع على البائع بأرش النقص ٠ وهذا هو مذهب المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤) والحنفية (٥) ٠

واستثنى الامام أبو حنيفة رحمه الله ما اذا حصل التلف بفعل المشترى فحينئذ ليس له الرجوع على البائع بالنقصان لأنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد فى غير ملكه غير أنه أسقط عنه الضمان لأنه ملكه فكان كالمستفيد به عوضا وخالفه الصاحبان فقالا: ان كان المشترى قد فَعَلَ بالمبيع مايُقْصَدُ بشرائه ويعتاد فعله منه مثل أن يكون المبيع طعاما فيأكله أو ثوبا فيلبسه حتى تَخَرَّقَ فان له الرجوع بالنقصان على البائع ٠ (٦)

ولكن قول الصاحبين هو الذى عليه الفتوى ٠ وان كان قول أبى حنيفة

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٤/٣)، المنتقى (١٩١/٤)، بداية المجتهد (١٥٦/٢) ٠

(٢) نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٣٩/٤) يقول الشبراملسى "ومنه يعلم جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن شخصا اشترى حبا وبذره فنبت بعضه وبعضه لم ينبت فادعى المشترى على البائع بأن عدم نبات البعض لعيب فيه منع من انباته فأنكر البائع وحاصل الجواب أَنّ بَذْرَ الحب على الوجه المذكور يعد اتلافا له فاذا أثبت المشترى عيب المبيع استحق أرشه ،والا فالقول قول البائع فى عدم العيب فان حلف على نفى العلم به فذاك والارُدّتْ اليمين على المشترى فيحلف أن به عيبا منع من الانبات ويُقْضَى به بالأرش" ٠ وراجع أيضا مغنى المحتاج (٥٤/٢) ٠

(٣) كشاف القناع (١٢٠/٣)،شرح منتهى الارادات (١٧٨/٢)، الانصاف (٤١٩/٤) ٠

(٤) المحلى (٧٢٩/٩ - ٧٣٠) ٠

(٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٣٦٩/٦ - ٣٧١)، الدر المختار وردالمحتار عليه (٢١/٥ - ٢٣)،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٣٥/٤ - ٣٦) مجمع الأنهر والدر المنتقى (٤٦/٢ - ٤٧) ٠

(٦) المراجع السابقة ٠

قد صححه بعض الحنفية يقول ابن الهمام[1] : " وجَعْلُ المصنف قَوْلَ أبى حنيفة استحسانا مع تأخيره • وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما" •

قال ابن عابدين[2] : "ويؤيده أنه فى الكنز والملتقى وغيرهما مَشَوْا على قول الامام وفى الذخيرة ولو لبس الثوب حتى تَخَرَّقَ من اللبس أو أكل الطعام لايرجع عنده هو الصحيح خلافا لهما" •

قال ابن عابدين[3] : " والحاصل أنهما قولان مصححان ولكن صححوا قولهما بأن عليه الفتوى ولفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ولاسيما هو أرفق بالناس " •

واستثنى الحنابلة[4] والشافعية[5] من القول برجوع المشترى على البائع بأرش النقص اذا تلف المبيع ثم علم أنه به عيبا ما اذا كان المبيع ربويا بيع بجنسه كحلى ذهب بيع بوزنه ذهبا فبان معيبا بعد تلفه فلاأرش له لنقص الثمن كيلا يصير الباقى منه مقابلا بأكثر منه وذلك ربا ولكن يَفْسَخ العقد ويسترد الثمن ويغرم بدل التالف •

وذهب المالكية والحنابلة الى أن التلف اذا كان بسبب عيب دَلَّسَهُ البائع على المشترى فان المشترى يرجع بجميع الثمن وليس بأرش العيب القديم ،يقول ابن عبد البر[6] : "ومن باع عبدا بعيب فكتمه ومات العبد من ذلك العيب وقامت البينة أنه دَلَّسَ عليه به أو أقر بذلك بائعه ••••••• فمصيبته من البائع • وان مات من عيب سواه رجع المشترى على البائع بمبلغ أرش العيب الذى دَلَّسَ به ليس له غير ذلك " •

---

(١) شرح فتح القدير (٣٧١/٦) •
(٢) رد المحتار (٢٢/٥) •
(٣) المرجع نفسه •
(٤) القواعد لابن رجب (ص ١٠٩) ،شرح المنتهى (١٧٧/٢) ، المحرر (٣٢٦/١) •
(٥) نهاية المحتاج (٤١/٤) •
(٦) الكافى فى فقه أهل المدينة (٦٢/٢) ،وراجع الشرح الكبير (١٢٨/٣) ، المنتقى (٢٠٠/٤) •

وقد نبَّه المالكية على أن تصرف البائع محمول على عدم التدليس حتى يثبت ذلك بالبينة أو يعترف البائع أنه دلّس على المشترى[(١)] .

ونقل ابن قدامة عن الامام أحمد أنه قال : " فى رجل اشترى عبدا فأبق من يده وأقام البينة أن اباقه كان موجودا فى يد البائع : يرجع به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه لأنه غرَّ المشترى ويتْبَعُ البائع عبده حيث كان "[(٢)] .

قال المرداوى[(٣)] : " قلت وهذا هو الصواب الذى لايعدل عنه " .

وقد اختلف الفقهاء فيما لو حَدَثَ بالمبيع المعيب عيب آخر يُنْقِصُهُ بعد أن قبضه المشترى وقبل علمه بالعيب القديم فهل له خيار الرد بالعيب القديم مع حدوث عيب جديد عنده أو لا ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[(٤)] والشافعية[(٥)] والامام أحمد فى رواية عنه[(٦)] الى

---

(١) حاشية الدسوقى (١٢٨/٣) .

(٢) المغنى (١١٥/٤) .

(٣) الانصاف (٤١٧/٤) .

(٤) بدائع الصنائع (٣٣٤٠/٧ - ٣٣٤٢)، الهداية مع شرح فتح القدير (٣٦٥/٦)، تبيين الحقائق (٣٤/٤)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٧/٥) .

(٥) نهاية المحتاج (٥٦/٤)، مغنى المحتاج (٥٨/٢ - ٥٩)، روضة الطالبين (٤٨٠/٣)، من أسنى المطالب شرح روض الطالب (٦٨/٢) .

(٦) المغنى (١١٢/٤)، المبدع (٩٠/٤)، الانصاف (٤١٥/٤ - ٤١٦) وجاء فيه "قال ابن أبى موسى وهى الصحيحة عن أحمد وقال ابن منجا فى شرحه هذا الصحيح من المذهب . وجزم به فى الوجيز والمنور والمنتخب وقدمه فى المحرر والنظم واختاره أبو بكر وابن أبى موسى وأبو الخطاب فى خلافه " .

أن العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم . لأن شرط الرد أن يكون المردود على الصفة التى كان عليها عند القبض ولم يوجد لأنه خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ويعود على ملكه معيبا بعيبين فلا يرد لأن الضرر لايزال بالضرر .

واذا امتنع الرد فقد قال الحنفية والشافعية ان المشترى كذلك لايكلف الرضا به معيبا بل يُعْلَمَ البائع بأن المبيع كان معيبا وحصل به عيب جديد فان رضى بِرَدِّه معيبا من غير ارش للعيب الحادث قيل للمشترى اما انه ترده على البائع أو تقنع به ولاشىء لك .

فان لم يرض البائع بالرد فقد قال الحنفية ليس له الا أرش النقص بالعيب القديم قال البابرتى[1] : " فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يُقَوَّم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عُشْرٍ أو ثُمُنٍ أو سُدُسٍ أو غير ذلك يرجع به " .

وقال الشافعية ان لم يرض به البائع معيبا بعد اعلامه بالعيب فلابد من أن يضم المشترى أرش العيب الحادث الى المبيع ليرده أو يغرم البائع أرش العيب القديم ليمسكه ،لأن كُلًّا من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية للجانبين .

وان اختلفا بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الامساك مع أرش القديم ففيه ثلاثة أوجه عند الشافعية أصحها : اجابة من طلب الامساك مع أرش القديم سواء أكان هو البائع أم المشترى لما فيه من تقرير العقد .

وأما الامام أحمد فقد قال اذا امتنع الرد تعين الأرش للمشترى على البائع .

القول الثانى :

ذهب المالكية[2] الى التفصيل فقالوا : النقص الحادث فى المبيع

---

(١) العناية شرح الهداية (٣٦٥/٦) .

(٢) راجع فى ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (١٢٦/٣ - ١٢٨،١٣٠-١٣١)،جواهر الاكليل (٤٥/٢ - ٤٧)،شرح أبى الحسن على رسالة ابن أبى زيد وحاشية العدوى عليه (١٤٠/٢ - ١٤١)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٦٦/٢)، المنتقى (١٩٦/٤) ومابعدها .

اما أن يكون مُخْرِجاً عن الغرض المقصود أو غير مخرج :

(أولا) ان كان العيب الحادث فى المبيع عند المشترى متوسطا بين العيب المُخْرِج عن الغرض المقصود من البيع والقليل الذى لا أثر له فان المشترى مخير بين التمسك بالمبيع وله على البائع أرش العيب القديم وله رده مع أرش العيب الحادث عنده .

الا اذا قبل البائع المبيع بالعيب الحادث من غير أن يدفع له المشترى مقابله شيئا فلا خيار للمشترى فى التمسك وأخذ الأرش بل ان له التمسك ولاشىء له أو الرد ولاشىء عليه لأنه انما كان له التمسك وأخذ أرش العيب القديم لخسارته بغرم أرش الحادث اذا رَدَّ، فحيث سقط عنه حكم العيب الحادث انتفت العلة .

ونَبَّه المالكية على أن الثياب تختص من بين العروض فى أن المشترى اذا قَطَّعها القطع المعتاد غير المفسد ثم ظهر بها عيب دَلَّسه البائع فان للمشترى أن يرد الثياب المُقَطَّعَة ولايرد معها أرش نقص لتدليس البائع العيب عليه . وهذا عندهم فى القطع خاصة والحقوا به القصارة والصبغ .

بيان ذلك جاء فى المدونة : " قلت أرأيت ان بعت ثوبا من رجل دَلَّسْتُ له العيب وأنا أعلم أو كان به عيب لم أعلم به ؟ قال : قال مالك بن أنس اذا دَلَّسَ الرجل بالعيب وهو يعلم ثم أحدث المشترى فى الثوب صبغا ينقص الثوب أو قَطَّعَهُ قميصا أو ما أشبه ذلك فان المشترى بالخيار ان شاء حبس الثوب ويرجع على البائع بما بين الصحة والداء وان شاء رد الثوب ولاشىء عليه ....

قلت لابن القاسم فَلِمَ لايجعل مالك بن أنس عليه مانقصه القطع والصبغ عنده اذا كان البائع دَلَّسَ به قال : لأن البائع هاهنا كأنه أذن له فى ذلك فلا شىء له على المشترى من ذلك ....

قلت : فمن دَلَّسَ بالعيب ومن لم يدلس فانما القولُ فيه قولٌ واحد وانما يختلف القول فيها فى هذا الذى دلس اذا قَطَّعَ المشترى ثوبه أو صبغه صبغا ينقصه رده ولم يرد معه مانقص والذى لم يُدَلِّس ليس للمشترى اذا صبغ

صبغا ينقصه أو قطّع الثوب فنقص ليس له أن يرده الا أن يرد النقصان معه قال نعم انما افترقا فى هذا فقط . قلت أرأيت ماسمعتك تذكر عن مالك أن من باع فدّلس أنه ان حدث عنده به عيب أن له أن يرده أهذا فى جميع السلع فى قول مالك أم لا قال ليس هكذا ....." (١) .

" قلت : أرأيت الحيوان اذا اشتراها وقد دلس فيها صاحبها له قال التدليس وغير التدليس فى الحيوان سواء فى قول مالك لأن الحيوان لم يبعها على أن يُقطّعها والثياب انما تشترى للقطع وما أشبهه . قلت فالدار اذا باعها وقد دلس فيها بعيب قد علم به البائع قال أراها بمنزلة الحيوان ولم أسمع من مالك فيها شيئا" (٢) .

وفى كون هذا الاستثناء خاصا بالثياب وحدها دون سائر العروض وخاصا بعيب القطع والقصارة والصبغ فى الثياب دون سائر العيوب ،جاء فى المدونة (٣) : "قلت فان كان البائع دلس له بالعيب فحدث به عند المشترى عيب من غير التقطيع أو فى الحيوان حدث عيب قال : انما قال مالك فى الرقيق والحيوان اذا حدث بها عيب مفسد مثل العور وما أشبهه لم يكن له أن يرده الا أن يرد معه مانقص وليس يترك له مانقص دلّس أو لم يُدلّس قال لأن الرقيق والحيوان كله دلّس أو لم يُدلّس ماحدث بها من عيب عند المشترى مفسد لم يكن له أن يرده الا أن يرد معه مانقص وماكان من عيب ليس بمفسد فله أن يرده ولايرد معه مانقص والتدليس فى الحيوان والرقيق وغير التدليس سواء . قال ابن القاسم : وأما فى الثياب فانه اذا دلّس فحدث فى الثياب عيب عند المشترى مفسد من غير التقطيع أو فَعَلَ بما لاينبغى له أن يفعل فى الثوب كان عندى بمنزلة الحيوان لايرده الا أن يرد معه مانقص العيب وانما أجاز مالك فى التقطيع وحده أن يردّه ولايرد معه مانقص اذا دلس له قال ابن القاسم والقصارة والصباغ مثله" .

---

(١) المدونة (٣٣٤/٤ - ٣٣٥) .
(٢) المرجع نفسه (٣٣٧/٤) .
(٣) (٣٣٦/٤) .

(ثانيا) ان كان العيب الحادث فى المبيع عند المشترى مخرجا عن الغرض المقصود من المبيع فانه يمتنع الرد بالعيب القديم وسواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس .

واذا امتنع الرد فالأرش متعين للمشترى على البائع ولو رضى البائع بأخذ المبيع بعيبه الحادث من غير أرش له . يقول الدسوقى : " فالأرش القديم متعين للمشترى على البائع فيُقَوَّمُ سالما ومعيبا بالقديم ويأخذ المشترى من الثمن النسبة وظاهره فوات الرد وأخذ الأرش ولو رضى البائع بقبوله بالحادث الذى لايُذْهِبُ عَيْنَهُ "[1] .

ولافرق عند المالكية فى العيب المفسد المخرج للمبيع عن الغرض المقصود بين الثياب وغيرها بل لافرق فى الثياب أيضا بين أن يكون البائع مدلسا أو غير مدلس اذا قطعها القطع المفسد غير المعتاد يقول خليل فى معرض تمثيله للنقص المخرج عن المقصود : " وقطع غير معتاد" قال الدسوقى : " قوله وقطع غير معتاد أى سواء كان البائع مدلسا أم لا وماَمَرَّ من قول المصنف : وفرق بين مدلس وغيره ان نقص . أى المبيع بفعل المشترى . فمحمول على الفعل المعتاد وأما غير المعتاد فهو مُفِيتٌ مطلقا كان مدلسا أو غيره "[2] .

يُوَضِّحُه ماجاء فى المدونة[3] : " قلت أرأيت ان اشتريت ثوبا فقطعته تَبَابِيْنَ[4] ومثل هذا الثوب لايقطع تَبَابِيْنَ وهو وشى[5] وبه عيب دلسه لي البائع أيكون لي أن أرده أم لا ؟ قال هذا فوت اذا قطعه خرقا أو مالايقطع من ذلك الثوب مثله فهو فوت وليس له أن يرده ولكن يرجع على البائع بالعيب الذى دلسه له من الثمن " .

---

(١) حاشية الدسوقى (١٣٠/٣) .
(٢) المرجع نفسه (١٣١/٣) .
(٣) (٣٣٧/٤) .
(٤) جمع تُبَّان كرُمَّان والتُّبَّان سراويل صغير يستر العورة المغلظة . انظرترتيب القاموس المحيط (٣٥٩/١) .
(٥) قال فى القاموس المحيط (٦١٧/٤) : والوَشْىُ نقش الثوب ويكون من كل لون .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة[1] والظاهرية[2] الى أن المبيع اذا تعيب فى يد المشترى ثم علم بعد ذلك بعيب قديم كان عند البائع فهو بالخيار بين الامساك والرد الا أن الظاهرية قالوا ان رده فلا يرد من أجل العيب الحادث عنده شيئا يقول ابن حزم[3] : "ومن اشترى سلعة فوجد بها عيبا وقد كان حدث عنده فيها عيب من قِبَل الله تعالى أو فعله أو من فعل غيره فله الرد والامساك ولايرد من أجل ماحدث عنده شيئا ولامن أجل ما أحدث هو فيه شيئا لأنه فى ملكه وفى حقه لم يتعد ولاظلم فيه أحدا والغبن قد تقدم فله ماقد وجب له من رد الغبن الذى ظلم فيه ولأنه لم يوجب عليه فى ذلك غرامة قرآن ولاسنة" .

وقال الحنابلة ان رَدّ رَدّ أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء أمسكه وله الأرش .

والمذهب عند الحنابلة أن البائع اذا كان قد دَلّسَ العيب على المشترى فلم يعلم به حتى تعيب المبيع فى يده فله رده وأخذ الثمن كاملا ولاأرش عليه سواء كان الحادث بفعل المشترى كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمى آخر مثل أن يجنى عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق أو بفعل الله تعالى كالمرض ونحوه .

واختار ابن قدامة[4] من الحنابلة أن ماحدث فى يد المشترى مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه . واستدل ابن قدامة على ذلك بما يأتى :

---

(١) كشاف القناع (٢٠٩/٤)،شرح منتهى الارادات (١٧٨/٢)، الانصاف (٤١٥/٤-٤١٦) المغنى (١١٢/٤) ومابعدها، المحرر (٣٢٥/١)، المبدع (٩٠/٤ - ٩١) ، مسائل الامام أحمد برواية ابنه عبدالله (٩٢١/٣)،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٩٧/٢٩) .

(٢) المحلى (٧٣٢/٩) .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المغنى (١١٥/٤) . وراجع الانصاف (٤١٨/٤) فقد جاء فيه :"واختاره المصنف وأبو الخطاب فى الانتصار واليه ميل الشارح قال الزركشى وهذا هو الصواب وقدمه فى المحرر وحكاه رواية وكذلك صاحب التلخيص" .

(١) ماروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من ابتاع شاة مُصَرَّاةٍ فهو بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر"[١] .

قال ابن قدامة[٢] : "وظاهر حديث المصراة يدل على أن ماحدث فى يد المشترى مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه ،فان التصرية تدليس ولم يسقط عن المشترى ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية" .

(٢) قول النبى صلى الله جليه وسلم : " الخراج بالضمان"[٣] .

قال ابن قدامة[٤] : "يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته" .

(٣) أن وجوب الضمان على البائع لايثبت الا بنص أو اجماع أو قياس ولانعلم فى هذا نصا ولا اجماعا . والقياس انما يكون على أصل ولانعلم لهذا أصلا[٥] .

قلت : واختيار ابن قدامة رحمه الله وجيه لقوة ما استدل به فى نظرى . ولأن هذا مبيع تعيب فى يد المشترى بعد تمام ملكه فكان من ضمانه كما لو لم يدلسه البائع[٦] .

وقد استدل الحنابلة على أن المشترى مخير بين الامساك وله أرش القديم أو الرد مع أرش الحادث بما يأتى :

---

(١) رواه مسلم واللفظ له (١١٥٨/٣) كتاب البيوع باب (٧)، أبو داود (٧٢٧/٣) كتاب البيوع باب (١٧) .

(٢) المغنى (١١٥/٤) .

(٣) سبق تخريجه (ص ٣١١) .

(٤) المغنى (١١٥/٤) .

(٥) المغنى (١١٥/٤) .

(٦) المبدع (٩٢/٤) .

(١) مارواه ابن أبي شيبة[1] قال حدثنا عبدالوهاب الثقفي عن أيوب عن ابن سيرين عن عثمان أنه قضى في الثوب يشتريه الرجل وبه عوار[2] أنه يرده اذا كان قد لبسه .

(٢) حديث المصراة فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بِرَدِّها بعد حلبها وَرَدِّ عوض لبنها[3] .

(٣) أن العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشتري لم يدلس فكان مراعاة جانبه أولى .

(٤) أن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول الا بدليل وليس في المسألة اجماع ولانص والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله .

الترجيح :

الذي يظهر لي والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول لأن القاعدة الفقهية تقول الضرر لايزال بمثله .ولعل ماذهب اليه الشافعية من رعاية جانب المشتري وجانب البائع والجمع بين حَقَّيهِمَا في رفع الضرر عنهما هو الموافق للأصول والقواعد في الشريعة الاسلامية السمحة .

وأما ما استدل به أصحاب القول الثالث من أن الخيار للمشتري فقط فان أدلتهم على ذلك غير قوية في نظري :

أما الأثر الذي رواه ابن أبي شيبة عن عثمان رضي الله عنه فان سنده منقطع لأن ابن سيرين لم يسمع من عثمان رضي الله عنه فانه ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان رضي الله عنه[4] ويستحيل السماع في مثل هذا السن .

---

(١) المصنف (٣٢٠/٦) كتاب البيوع والأقضية باب (١٤٥) . ورواه عبد الرزاق في المصنف (١٥٤/٨)،ورواه ابن حزم في المحلى (٧٤٢/٩) .

(٢) العوار مثلثة : العيب والخَرْقُ والشَّقُّ في الثوب . انظر ترتيب القاموس المحيط (٣٤٢/٣) .

(٣) سبق تخريجه (ص ٣٧٠) .

(٤) تهذيب التهذيب (٢١٥/٩)،فتح المغيث للسخاوي (٢١٣/١) .

وأما حديث المصراة فليس فيه دلالة على قولهم لأن حلب الشاة ليس عيبا ينقص العين المباعة حيث أن الحليب يتجدد فاذا حلبت الشاة ثم امتلأ ضرعها مرة أخرى صارت كأن لم تحلب بخلاف حدوث العيب الذى لايمكن تداركه كالقطع والكسر ونحو ذلك ٠ والله أعلم ٠

المسألة الرابعة : فى تلف المقبوض على سوم الشراء وسوم النظر .

المراد بسوم الشراء : أن يأخذ المشترى من البائع عينا ويقول له ان رضيتها أخذتها بعشرة .أو يقول له البائع خذا هذا بعشرة فيقول هاته حتى أنظر اليه فان رضيته أخذته .

قال فقهاء الحنفية : فلابد أن يكون الثمن مسمى من البائع أو المشترى ،أو مسمى من البائع فقط ويعتبر استلام المشترى له على وجه الشراء رضا بهذا المسمى . أو يكون مسمى من المشترى فقط ويعتبر تسليم البائع العين للمشترى رضا بالثمن الذى سماه المشترى . فكأن التسمية قد صدرت منهما معا .

فان صدرت التسمية من البائع فقط فأخذه المشترى لاعلى وجه الشراء بل للنظر فيه أو ليريه غيره فهذا يكون مقبوضا على سوم النظر ومثاله أن يقول له البائع خذ هذا الثوب بعشرة فيقول له هاته أنظر اليه أو حتى أريه غيرى ولايقول فان رضيته أخذته .

بناء على ذلك : فقد قال الحنفية اذا تلف المقبوض على سوم الشراء فانه يضمنه بقيمته يوم التلف وهو القول الراجح عند الشافعية أشار الى ذلك الشبراملسى (١) .

ونص الحنفية على وجوب القيمة بالغة مابلغت ذكر ذلك الحصكفى ردا على الطرسوسى وقد ارتضى ابن عابدين كلام الحصكفى وأيده بنقل ماجاء فى النهر فقال :" قوله بالغة مابلغت رد على الطرسوسى حيث قال وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة مابلغت ولكن ينبغى أن يقال لايزاد بها على المسمى كما فى الاجارة الفاسدة . قال فى النهر : وفيه نظر بل ينبغى أن تجب بالغة مابلغت وقد صرحوا بذلك فى البيع الفاسد فكذا هنا" (٢) .

---

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٨٩/٤) .

(٢) رد المحتار (٥٧٣/٤) .

وانما تلزمه القيمة هنا دون الثمن اذا كان التلف بغير فعل المستام " لأن موجب الضمان الأصلى فى البيع هو القيمة اذ الأصل وجوب التساوى رعاية للجانبين والمساوى هو القيمة وانما يصار الى الثمن عند صحة التراضى منهما شرعا ولم يوجد هنا اذ لو حصل لكان بيعا تاما ولم يكن قبضا على سوم الشراء" (١) .

هذا اذا حصل التلف بغير فعل المستام أما اذا حصل بفعله فقد نص الحنفية على أنه يلزمه الثمن المسمى لأنه صار راضيا بالثمن دلالة حملا لفعله على السداد والصلاح .

أما المقبوض على سوم النظر فانه يكون أمانة فى يد القابض لايضمنه الا بتعديه أو تفريطه (٢) .

جاء فى المادة (٢٢٩) من مجلة الأحكام العدلية (٣) : " مايقبض على سوم النظر وهو أن يقبض مالاً لينظر اليه أو ليريه لآخر سواء بَيَّنَ الثمن أم لا فيكون ذلك المال أمانة فى يد القابض فلا يضمن اذا هلك أو ضاع بلا تعد " .

---

(١) الحيازة فى العقود فى الفقه الاسلامى للدكتور نزيه حماد (ص ٢٠٧) .

(٢) راجع فى هذه المسألة : رد المحتار (٥٧٣/٤ - ٥٧٤) ، الدر المنتقى على هامش مجمع الأنهر (٢٦/٢) ، شرح مجلة الأحكام العدلية - لعلي حيدر (٢٣٩/١ - ٢٤١) ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٨٩/٤) .

(٣) (٢٤١/١) .

المبحث الثاني

في تلف الأموال في عقد الاجـارة

المطلب الأول : في تلف الأموال في اجارة الأعيـان

المسألة الأولى : في يد المستأجر على العين المؤجرة .

اتفق الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) على أن يد المستأجر على العين المؤجرة في مدة الاجارة يد أمانة فلو تلفت في يده من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه .لأنه قَبَضَ العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها اذ لايتمكن من الاستيفاء الا بوضع يده عليها فكانت أمانة في يده .

وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة نصَّ على ذلك الحنفية (٥) والشافعية (٦) والحنابلة (٧) لأنه عقد لايقتضى صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده والقاعدة تقول : حكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده .

هذه صفة يد المستأجر على العين المؤجرة في مدة الاجارة أما بعد انتهاء المدة :

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٤٤/٦)،شرح مجلة الأحكام العدلية (٥٩١/١) وقد جاء في المادة (٦٠٠) من المجلة : " المأجور أمانة في يد المستأجر ان كان عقد الاجارة صحيحا أو لم يكن " وجاء في المادة (٨٦) (٧٨/١) "الأجرة والضمان لايجتمعان" .

(٢) الشرح الكبير (٢٤/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (٩٩/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٢٢٦/٥)،مغني المحتاج (٣٥١/٢)،نهاية المحتاج (٣٠٨/٥)، المهذب (٥٣٣/١) .

(٤) كشاف القناع (٣٩/٤، ٤٩)، المبدع (١١٣/٥)، المغني (٣٩٦/٥) .

(٥) بدائع الصنائع (٢٦٦٣/٦)،تبيين الحقائق (١٣٣/٥)،مجمع الأنهر(٣٩٠/٢).

(٦) مغني المحتاج (٣٥٨/٢) .

(٧) المغني (٣٩٧/٥)، المبدع (١١٣/٥) .

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية فى أصح الوجهين الى أنها تبقى أمانة فى يده حتى يسلمها لصاحبها بناء عليه لو تلفت فى يده من غير تعد أو تفريط فلا ضمان عليه (١) ٠

وذهب الشافعية فى أحد الوجهين الى أنه بعد انتهاء مدة الاجارة يلزم المستأجر رد العين الى صاحبها لأنه غير مأذون له فى الامساك بعد المدة وبناء عليه لو تلفت فى يده لزمه الضمان الاأن يكون الامساك بعذر ٠ وهذا الوجه ذكر الرافعى أنه أقرب الى كلام الشافعى رحمه الله (٢) ٠

والحاصل : أن التلف الذى يلحق بالعين المستأجرة اذا ثبت أنه حدث بسبب تعدى المستأجر أو تفريطه فى الحفظ فانه يكون من ضمانه ٠ وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله فى كل مذهب أمثلة لتعدى المستأجر الناقل له من الأمانة الى الضمان (٣) وكل هذه الأمثلة ترجع الى تجاوز أصل واحد وهو : "أن الأصل فى استعمال العين المؤجرة أن يكون فى حدود المأذون به فى العقد أو العادة والعرف " ٠

فمتى خالف ماحدد له فى العقد أو استعملها على خلاف عادة الناس وعرفهم صار بهذا الاستعمال متعديا يلزمه الضمان (٤) ٠ يقول ابن قدامة : "وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعة ومادونها فى الضرر وقال أحمد : اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرا فحمل عليها حنطة أرجو أن لايكون به بأس اذا كان الوزن واحدا فان كانت المنفعة التى يستوفيها أكثر ضررا أو مخالفة للمعقود عليها فى الضرر لم يجز لأنه يستوفى أكثر من حقه أو غير مايستحقه" ٠

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٤١/٦)، المغنى (٣٩٦/٥)،كشاف القناع (٣٩/٤) ، الانصاف (٨٣/٦)، المبدع (١١٣/٥)،روضة الطالبين (٢٢٦/٥)،مغنى المحتاج (٣٥١/٢)،لسان الحكام (ص ٣٦٥) ٠

(٢) روضة الطالبين (٢٢٦/٥) ٠

(٣) راجع فى ذلك الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٥/٦)ومابعدها،تبيين الحقائق (١١٥/٥) ومابعدها،بدائع الصنائع (٢٦٥١/٦)ومابعدها، الكافى فى فقه أهل المدينة (٩٣/٢)، الشرح الكبير (٤١/٤ - ٤٢)، المدونة (٤٧٨/٤، ٤٨٠ - ٤٨٣)،روضة الطالبين (٢٣٢/٥)،مغنى المحتاج (٣٥٠/٢) ، المهذب (٥٢٦/١)ومابعدها،كشاف القناع (١٨/٤ - ١٩)، المغنى (٣٥٦/٥، ٣٩٧) ٠

(٤) المغنى (٣٥٦/٥) ٠

وجاء فى روضة الطالبين[(١)] : "المستأجر يضمن بالتعدى بأن ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة وعادة الضرب تختلف فى حق الراكب والرائض والراعى فكل يُراعَى فيه عادة أمثاله ...ولو نام بالليل فى الثوب الذى استأجره أو نقل فيه التراب أو البسه عَصّاراً ،أو دباغا أو غيرهما ممن هو دون حاله أو أسكن الدار قصارا أو حدادا أو غيرهما ممن هو أشد ضررا منه أو أركب الدابة أثقل منه وجب الضمان " .

وجاء فى المادة (٦٠٢) من مجلة الأحكام العدلية[(٢)] : "يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه مثلا لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها" .

وجاء فى المادة (٦٠٣) : " حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة التى تتولد منها مثلا لو استعمل الثياب التى استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن ،كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن[(٣)] " .

وجاء فى المادة (٦٠٤) : "لو تلف المأجور بتقصير المستأجر فى أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان لزم الضمان مثلا لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها وضاعت يضمن[(٤)] " .

وجاء فى المادة (٦٠٥) : " مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى مافوق المشروط توجب الضمان وأما مخالفته بالعدول الى مادون المشروط أو مثله لاتوجبه مثلا لو حمل المستأجر خمسين أُقّة حديد على دابة استكراها على أن يُحَمِّلها خمسين أُقّة سمن وعطبت يضمن[(٥)] " .

---

(١) (٢٣٢/٥) .
(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية (٥٩٢/١) .
(٣) المرجع نفسه (٥٩٣/١) .
(٤) المرجع نفسه (٥٩٤/١) .
(٥) المرجع نفسه (٥٩٥/١) .

هذه بعض الأمثلة للتعدى الذى يضمن به المستأجر ذكرناها على سبيل المثال لا الحصر والمرجع أولا وأخيرا فى معرفة ماهو من قبيل التعدى هو عادة الناس وأعرافهم وهو مبنى الأمثلة التى ذكرها الفقهاء .

المسألة الثانية : تلف المنافع بعد قبض المستأجر لها .

يلزم المؤجّر تسليم العين المؤجَرة للمستأجر عند ابتداء المدة ليستوفى المنافع المعقود عليها ونعنى بالتسليم التخلية بينها وبين المستأجر وتمكينه من الانتفاع بها برفع الموانع فى اجارة المنازل ونحوها فلو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذى ذكرنا لايستحق المؤجر شيئا من الأجرة لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئا فلايملك هو أيضا شيئا من الأجر ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم له العين المؤجرة فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم .وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء (1) .

فاذا مَكّنَ المؤجر المستأجر من العين المستأجرة وخلى بينه وبينها فان المنافع تدخل فى ضمان المستأجر وتستقر الأجرة عليه بمجرد تمكينه من الانتفاع وسواء انتفع بها فى مدة الاجارة أو لم ينتفع بها بأن مضت المدة والدار مغلقة ،يقول الكاسانى : " ولو آجَرَ المنزل فارغا وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الأجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع فى جميع المدة فحدثت المنافع فى ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الأجر كالبائع اذا سلم المبيع الى المشترى بالتخلية فهلك فى يد البائع كان الهلاك على المشترى لأنه هلك على ملكه كذا هذا" (2) .

وجاء فى مختصر خليل وشرحه (3) : " ولزم الكراء بالتمكن من التصرف فى العين التى اكتراها من دابة أو دار أو أرض أو غير ذلك وان لم يستعمل" .

وجاء فى المنهاج وشرحه (4) : "ومتى قبض المكترى العين المؤجرة

---

(1) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥)،رد المحتار (١١/٦)،روضة الطالبين (٢٤٨/٥) المغنى (٣٤٠/٥) .

(2) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥)،وراجع حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٠٧/٥)،مجمع الأنهر (٣٧١/٢)، الهداية (٧١/٩) .

(3) الشرح الكبير (٥٠/٤) .

(4) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢)،وراجع روضة الطالبين (٢٤٧/٥)، الأم (٣٤٤/٣) .

الدابة أو الدار أو غيرهما فى اجارة عين أو ذمة وأمسكها حتى مضت مدة الاجارة استقرت الأجرة عليه وان لم ينتفع لتلف المنافع تحت يده فيستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى " .

وقال ابن قدامة[1] : "وان سُلِّمَتْ اليه العين التى وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولاحاجز له عن الانتفاع استقر الأجر وان لم ينتفع لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهى حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع اذا تلف فى يد المشترى" .

وقد استثنى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة ما اذا مضت المدة ولم ينتفع بالعين المؤجرة لعذر قاهر لايستطيع دفعه وليس خاصا به . فانه فى هذه الحالة لايلزمه الكراء[2] ،يقول الشلبى : "قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليركب فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فانه يجب الأجر وكذلك اذا استأجر دارا ليسكنها فَسَلَّمَ المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الأجر عليه سكن الدار أو لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه فانه لايجب الأجر عليه " .

وقال الدردير[3] : "ثم محل لزومه بالتمكن مالم يكن عدم استعماله خوفا على زرعه من أكل فأر ونحوه إبَّانَ الزرع لو زرع فلا يلزمه الكراء ان امتنع لذلك " .

قال الدسوقى معلقا على قول الدردير هذا : " قوله : مالم يكن عدم استعماله خوفا على زرعه ،أى وكان عدم استعماله لفتنة أو لخوف من لاتناله الأحكام . قوله : فلا يلزمه الكراء . أى لعدم تمكنه من المنفعة قوله : ان امتنع لذلك . أى اذا ثبت وجود القرينة الدالة على امتناعه لذلك كما لو ثبت أنه ظهر فى الأرض بعد انكشافها هو أو غيره مما هو

---

(١) المغنى (٣٣٠/٥) ،وراجع كشاف القناع (٤٤/٤)،شرح منتهى الارادات (٣٨٠/٢ - ٣٨١) .

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٠٧/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٥٠/٤) .

دليل على كثرة الدُّود أو الفأر وامتنع من زرعها وادعى أنه انما بَوَّرَهَا خوفا من ذلك "[1] .

وقد نص الحنابلة[2] أيضا على أنه اذا حدث عذر عام وليس خاصا بالمستأجر وحده فانه يثبت للمستأجر خيار الفسخ وذلك مثل أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذى توجد فيه العين المؤجرة أوتُحْصَرَ البلد فيمتنع الخروج الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو هذا مما هو عذر عام .

أما اذا كان العذر خاصا بالمستأجر وحده ومَثَّلَ له الحنابلة بأن يخاف وحده دون الناس لقرب أعدائه من الموضع المُسْتَأْجَرِ أو حلولهم فى طريقه . ومَثَّلَ له المالكية بأن يعطل الأرض لأجل عدمه للبذر أو سجنه سواء كان ظلما أو لا مالم يُقْصَدْ من سجنه تفويته الزرع فان هذا بمنزلة العذر العام . قالوا فاذا كان العذر خاصا به فيلزمه الأجر كاملا وليس له حق الفسخ لأنه عذر يختص به ولأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا .

وخالف فى ذلك الشافعية[3] فقالوا لافرق بين تعطيلها لعذر أو لغير عذر فاذا تمكن من استيفاء المنفعة لزمه الأجر كاملا لأن المنافع تلفت تحت يده .

ومما ينبغى التَّنَبُّه له أن الحكم فى هذه المسألة تستوى فيه الاجارة الصحيحة والفاسدة عند الشافعية[4] والحنابلة[5] حيث قالوا : بمجرد تمكن المستأجر من استيفاء المنافع فانها تدخل فى ضمانه وتستقر عليه الأجرة كاملة سواء استوفى المنافع أو عَطَّلَهَا ولم يستوفها وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لأن فاسد كل عقد كصحيحه فى الضمان وعدمه .

---

(١) حاشية الدسوقى (٤/٥٠) .

(٢) المغنى (٥/٣٣٨ – ٣٣٩) ، الانصاف (٦/٥٦) ،كشاف القناع (٤/٣١) .

(٣) مغنى المحتاج (٢/٣٥٨) ،روضة الطالبين (٥/٢٤٧) .

(٤) مغنى المحتاج (٢/٣٥٨) ،روضة الطالبين (٥/٢٤٧) ، الأم (٣/٢٤٤) .

(٥) المغنى (٥/٣٣١) ، المبدع (٥/١١٩) ، الانصاف (٦/٨٧) ،كشاف القناع (٤/٤٨ – ٤٩) .

وخالف فى ذلك الحنفية فقالوا (١) : ان الاجارة الفاسدة تختلف عن الاجارة الصحيحة ففى الاجارة الفاسدة لايجب الأجر الا بحقيقة الانتفاع اذا وجد التسليم الى المستأجر من جهة المؤجر أما اذا لم يوجد من جهته فلا أجر وان استوفى المنفعة .

وماذهب اليه الشافعية والحنابلة من عدم التفريق بين الاجارة الصحيحة والفاسدة أقوى فى النظر لأن المنافع تلفت تحت يده بعد تمكين المؤجر له فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى لأن الاجارة كالبيع والمنفعة فى الاجارة كالعين فى البيع . والبيع الفاسد كالصحيح فى الضمان بالقبض فكذا الاجارة (٢) .

واذا ثبت أن الأجرة تستقر على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفاء المنفعة سواء انتفع بالعين أو لم ينتفع فان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة من تقييد ذلك بعدم حصول عذر عام يمنع من الاستيفاء قيد وجيه الا أنه ينبغى فى نظرى متى حصل مثل هذا العذر أن يبادر المستأجر الى ابلاغ المؤجر بذلك فان لم يستطع لغيبة المؤجر مثلا عن البلاد وانتهت المدة لم تلزمه الأجرة لعدم قدرته على استيفاء المنافع لحصول هذا العذر .

أما اذا استطاع ابلاغ المؤجر فلم يفعل فان هذا يعتبر منه رضا بالواقع فيلزمه دفع الأجرة كاملة حيث كان له خيار الفسخ فلم يفعل قياسا على المشترى اذا اطلع على عيب فى السلعة فلم يردها بهذا العيب بطل خياره لأنه يعتبر راضيا بالسلعة معيبه وهذا فى رأيى فيه نظر للجانبين ورعاية لمصلحة الطرفين . والله أعلم .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٤٨،١١/٦)،حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٠٧/٥)،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٣٧١/٢) .

(٢) مغنى المحتاج (٣٥٨/٢)، الحيازة فى العقود (ص ١١٢) .

المسألة الثالثة : فى الجائحة تصيب العين المؤجرة فتمنع من استيفاء المنفعة .

مما لاخلاف فيه بين العلماء أن المعقود عليه فى عقد الاجارة هو منافع العين المؤجرة واذا كان المعقود عليه هو نفس منفعة العين من أول المدة الى آخرها فان الجائحة اذا أصابت العين فانها فى الغالب تؤثر على عملية استيفاء المنفعة وقد تمنعها بالكلية . وهذا مانقصده فى بحث هذه المسألة لأن الجائحة اذا لم تمنع من استيفاء منفعة العين فلا أثر لها فى عقد الاجارة وان أضرت بالعين المستأجرة لأن المعقود عليه حقيقة هو المنفعة لا العين وقد نص فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على ذلك :

فقال الكاساني (١) : "هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لايضر بالانتفاع به بقى العقد لازما ولاخيار للمستأجر كالعبد المُسْتَأجَر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لايضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لاينتفع به فى سكناها لأن العقد ورد على المنفعة لاعلى العين اذ الاجارة بيع المنفعة لابيع العين ولانقصان فى المنفعة بل فى العين والعين غير معقود عليها فى باب الاجارة وتغير عين المعقود عليه لايوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع " .

وقال ابن عبد البر (٢) : "واذا انهدم بعضها وكان يسيرا لاضرر على الساكن منه فى عورة ظاهرة ولاتعطيل مسكن ولاعدم منفعة فالكراء لازم للمكترى ولاشىء على رَبِّها" .

وقال الدسوقى (٣) : "مالامضرة فيه ولايُنْقِصُ شيئا من الكراء كالشُّرُفَاتِ فهو كالعدم يلزمه السكن من غير حَطٍّ " .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦١٢/٦) .
(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (٩٩/٢) .
(٣) حاشية الدسوقى (٥١/٤) .

وقال الشربينى[1] : "والمراد بالعيب هنا مايؤثر فى المنفعة أثرا يظهر له تفاوت فى الأجرة لافى القيمة لأن مورد العقد المنفعة قاله الأذرعى وغيره" .

وقال ابن قدامة[2] : "أما اذا كان الحادث فى العين لايضرها كغرق الأرض بماء ينحسر فى قرب من الزمان لايمنع الزرع ولايضره . وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماءا من مكان آخر وكان انقطاعه فى زمن لايحتاج اليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لأن هذا ليس بعيب " .

هذه نصوص الفقهاء فى المذاهب الأربعة وهى صريحة فى أن الجائحة اذا أصابت العين المؤجرة ولم تمنع من استيفاء المنافع ولم تنقصها أنها لاتأثير لها .

أما فى حالة تعطل استيفاء المنفعة بالكلية من العين المؤجرة بسبب ما أصابها من الجائحة أو حتى نقصها فان الفقهاء وان اختلفوا فى وضع الجوائح فى الزروع والثمار كما سبق بيانه فقال بعضهم بعدم وضعها بحجة أن الثمار قد قبضها المشترى بمجرد تخلية البائع بينه وبينها فقد اتفقوا فى هذه المسألة على وضع الجائحة عن المستأجر بناء على اتفاقهم على أن المنفعة فى الاجارة انما تقبض القبض المضمون على المستأجر شيئا فشيئا قال شيخ الاسلام ابن تيمية[3] :"لانزاع بين الأئمة أن منافع الاجارة اذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الأجرة . لم يتنازعوا فى ذلك كما تنازعوا فى تلف الثمرة المبيعة لأن الثمرة هناك قد يقولون قبضت بالتخلية وأما المنفعة التى لم توجد فلم تقبض بحال " .

وبناء على ذلك قال الفقهاء ان العين المؤجرة اذا تلفت تلفا كليا فان الأجرة لاتلزم المستأجر اذا كان التلف بعد العقد ولم يمض من

---

(١) مغنى المحتاج (٣٤٨/٢) .

(٢) المغنى (٣٣٨/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٨٨/٣٠) .

المدة مايقابله أجر فَإِنْ مَضَى منها مايقابله أجر لزمه دفعه وسقط عنه الباقى لعدم تمكنه من استيفاء كامل المنفعة المعقود عليها .

يقول الشلبى[١] : "قال الاتقانى وفى اجارات شمس الأئمة اذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لاتنفسخ الاجارة لكن تسقط الأجرة عنه فسخ أو لم يفسخ" .

ويقول الحصكفى[٢] : "وبانهدام كلها له الفسخ بغيبته قال ولاتنفسخ مالم يفسخ هو الصحيح لصلاحيتها لنصبه الفسطاط لكن تسقط الأجرة فسخ أولم يفسخ لعدم تمكنه مما قصده" .

وقد علل الكاسانى ذلك بقوله[٣] : "لأن المعقود عليه المنفعة فى تلك المدة لأنها تحدث شيئا فشيئا فاذا اعترض مانع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بهلاك " .

ويقول الدسوقى[٤] : "كل عين يستوفى منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الاجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة" .

قال ابن عبد البر[٥] : "ومن استكرى دارا سنة بعينها فانهدمت أو احترقت سقط عنه كراؤها" .

وجاء فى روضة الطالبين[٦] : " اذا اكترى دابة بعينها فتلفت انفسخ العقد " .

وجاء فى موضع آخر منها[٧] : "فوات المنفعة بالكلية حسا فمن صوره موت الدابة والأجير المعين فان كان قبل القبض أو عقبه قبل مضى مدة لمثلها أجر انفسخ العقد وان كان فى خلال المدة انفسخ العقد فى

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (١٤٤/٥) .
(٢) الدر المنتقى (٣٣٩/٢) .
(٣) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥) .
(٤) حاشية الدسوقى (٢٩/٤) .
(٥) الكافى فى فقه أهل المدينة (٩١/٢).
(٦) (٢٢٣/٥) .
(٧) المرجع نفسه (٢٤٠/٥) .

المدة الباقية " .

وجاء فى الاقناع وشرحه[1] : "وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها كعبد مات لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه فانفسخت سواء كان قبل قبضها أو عقبه ولاأجرة فان تلفت العين فى أثنائها انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة خاصة وله من المسمى القسط " .

وقد نقل شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله اجماع العلماء على ذلك فقال[2] : "ولهذا نُقِلَ الاجماع على أن العين المؤجرة اذا تلفت قبل قبضها بطلت الاجارة وكذا اذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع .

وقال وان أتلفت العين فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة دون مامضى " .

وكما اتفق الفقهاء على أن تعطل استيفاء المنافع بسبب تلف العين المؤجرة تلفا كليا محسوسا مسقط للأجرة فكذلك اتفقوا على أن المنافع اذا تعطل استيفاؤها من غير تلف العين المؤجرة سقط عن المستأجر بحساب التعطل من الأجر لأن المقصود من عقد الاجارة هو استيفاء منافع العين فى مدة الاجارة كاملة فاذا تمكن من الاستيفاء فى بعض المدة دون بعض صار قابضا للبعض دون البعض فلزمته الأجرة فيما قبض دون ماتَعَذَّرَ قبضه ومن الفروع الفقهية لهذا الأصل : ماذكره ابن الشحنة بقوله[3] : " قلت وكانت واقعة الفتوى بالقاهرة وصورتها رجل استأجر حَمّاماً يجرى اليها الماء من عين فانقطع الماء عن الحمام لتعطيل العين فهل يستحق المستأجر أجرة مدة انقطاع الماء وتعطيل العين أم لا ؟

فأجاب جدى شيخ مشايخ الاسلام محب الدين متع الله بحياته الكريمة انقطاع ماء الحمام عيب تنفسخ به الاجارة وقيل لاتنفسخ فان أزاله المؤاجر سقط خيار المستأجر والا فلا ولاتلزمه الأجرة فى مدته الا أن يستوفى المنفعة مع العين " .

---

(١) كشاف القناع (٢٨/٤)،وراجع المغنى (٣٣٦/٥) .
(٢) مجموع الفتاوى (٢٨٨/٣٠ - ٢٨٩) .
(٣) لسان الحكام (ص ٣٦٧) .

وقال ابن عابدين[1] : "قوله وانقطاع ماء الرحى : فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويُرْفَعُ عنه من الأجر بحسابه قيل حساب أيام الانقطاع .وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء والأول أصح لأن ظاهر الرواية يشهد له فانه قال فى الأصل : الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلاأجر عليه فى ذلك " .

وقال الحصكفى[2] : "وفى الجوهرة :لو جاء من الماء مايزرع بعضها فالمستأجر بالخيار ان شاء فسخ الاجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى" .

وقال الكاسانى[3] : "ولو استأجر دارا يسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم فى بعض الوقت وركب فى بعض المسافة ثم حدث بها مانع من الانتفاع من غرق أو مرض أو اباق أو غصب أو كان زرعا فَقُطِع شربه أو رحى فانقطع ماؤها لاتلزمه أجرة تلك المدة لأن المعقود عليه المنفعة فى تلك المدة لأنها تحدث شيئا فشيئا فاذا اعترض مانع فقد تَعَذَّر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بهلاك " .

وقال ابن عبد البر فى الدار يتعطل بعضها : "وان تعطل بعض مساكنها أو بعض مايرتفق به منها حُطَّ عنه بقدر مايصيب ذلك من كرائها ان رضى ساكنها وان لم يرض انفسخ الكراء بينهما"[4] .

وقال الخرقى[5] : "فان جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ماوقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه" .

قال ابن قدامة[6] : "وان حدث الغرق المُضِرّ أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكترى الخيار فى تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه فان اختار

---

(١) رد المحتار (٧٧/٦ - ٧٨)،وراجع المبسوط (١٥/١٦)،بدائع الصنائع (٢٦١٤/٦)،الفتاوى الهندية (٤٦١/٤) .

(٢) الدر المختار (٧٨/٦) .

(٣) بدائع الصنائع (٢٥٦٧/٥) .

(٤) الكافى فى فقه أهل المدينة (٩١/٢) .

(٥) المغنى (٣٣٦/٥) .

(٦) المرجع نفسه (٣٣٨/٥) .

الامساك أمسك بالحصة من الأجر كما اذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع " .

وجاء في روضة الطالبين[1] : "ومتى ظهر بالمستأجر نقص تتفاوت به الأجرة فهو عيب مثبت للفسخ وذلك كمرض الدابة وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث يمنع الشرب وانكسار دعائم الدار واعوجاجها وانهدام بعض جدرانها ..." .

وجاء فيها : " ومتى امتنع الفسخ فله الأرش فيعرف أجر مثله سليما ومعيبا ويعرف التفاوت بينهما" .

قال الشربيني[2] : "فلو لم يعلم بالعيب حتى مضت المدة فات الخيار وله الأرش وان علم به في الأثناء وفسخ فله الأرش" .

ومحل وضع بعض الأجرة عن المستأجر مقابل تعطل المنافع أو نقصها هو ما اذا تعذر عليه الفسخ مثل أن يكون صاحب العين غائبا فلو تمكن من الفسخ ولم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الأجرة لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب فرضي به[3] .

مايعتبر استيفاءً لمنفعة الأرض المستأجرة للزراعة :

ذهب الفقهاء رحمهم الله تعالى الى أن من استأجر أرضا ليزرع فيها فانه يعتبر مستوفيا لمنافع الأرض بتمكنه من القاء البذر فيها ونبات الزرع واستقلاله فان أصابت الأرض آفة قبل استقلال الزرع فمنعت قوة انباتها أو أفسدت الزرع قبل استقلاله أو كان مما يسقى بماء المطر فانقطعت الأمطار فمات الزرع قبل استغنائه عن الماء أو غرقت الأرض قبل نبات الزرع ونحو ذلك مما كان من قِبَلِ الأرض فهي جائحة يجب وضع الأجرة

---

(١) (٢٣٩/٥)، وراجع الأم (٣٤٢/٣ - ٣٤٣) .

(٢) مغني المحتاج (٣٤٨/٢) .

(٣) بدائع الصنائع (٢٦١٢/٦)، الشرح الكبير (٥١/٤)، مغني المحتاج (٣٤٨/٢)، روضة الطالبين (٢٣٩/٥)، المغني (٣٣٩/٥) .

عن المستأجر فيها أما الجوائح التى تصيب الزرع بعد نموه واستقلاله كالدُّوْدِ والجراد والرياح والنار والبرد والحر الذى يفسد الزرع والجليد والأمطار التى تُكَسِّر الزرع وتَجْرُفُه فهذه جوائح مصيبتها من المستأجر ولايُحَطُّ عنه من الأجرة شيئا لأن الجائحة لحقت فى ملك المستأجر لامنفعة الأرض .

قال ابن الشحنة[1] : "وفى الولواجى : رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق فلم ينبت فعليه الأجر تاما لأنه قد زرع ،ولو غرقت قبل أن يزرع فلا آجر عليه لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها . قال صاحب المحيط : والفتوى على أنه اذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لايتمكن من اعادة الزراعة لايجب الأجر على المستأجر والايجب اذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه فى الضرر وكذا لو منعه غاصب .

استأجر أرضا للزراعة فزرعها وكانت تسقى بالمطر فلم تمطر ان لم يجد الماء للسقى فَيَبِسَ الزرع سقط الأجر استأجرها بشربها أو لا كما لو استأجر الرحى فانقطع الماء وكذا لو خرب النهر الأعظم ولم يقدر على سقيها كذا اختاره الفقيه أبو الليث " .

وقال ابن عبد البر[2] : "واذا اكترى رجل أرضا وزرعها ونبت الزرع وقحطت عنها السماء وتلف الزرع فلا كراء لرب الأرض فيها وكذا لو استُحِقَّتْ أو استخرجت[3] بكثرة الماء ولم يُوْصَلْ الى زراعتها فى وقت الزراعة بطل فيها الكراء وكذا لو غلب الماء الكثير على الزرع حتى بطل سقط الكراء عن مكتريها . وماعدا هذه الوجوه فالكراء لازم للزارع فيها اذا نبت زرعه واستقل . وقد رُوِيَ عن مالك أنه ان زرعها وأمكنه شربها ولم يَنْبُتْ زرعها أنها لاتسقط آجرتها ... والأول أصح وعليه العمل

---

(١) لسان الحكام (ص ٣٦٧) .

(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٠٣/٢)،وراجع المدونة (٥٢٨/٤ - ٥٣٠).

(٣) يقال أرض مُخَرَّجة كمُنَقَّشة نبتها فى مكان دون مكان،وعَامٌ فيه تَخْرِيجٌ : خصب وجدب . انظر ترتيب القاموس المحيط (٣٢/٢) .

ولايُسْقِطُ كِراءَ الأرض ماأصابها بعد نبات زرعها من جائحة دود أو ريح أو نار أو سيل يكسر الزرع أو برد يفسده أو غير ذلك من جوائح الزرع مثل الجليد والجراد وسائر جوائح الزروع غير ماذكرنا" .

وقال الدسوقى (١) : "والتمكن من منفعة أرض النيل بريها وانكشافها ومن منفعة أرض المطر باستغناء الزرع عن الماء هذا هو الظاهر فى تقرير المصنف وليس مراده التمكن من التصرف ...لأنه قد كان متمكنا منه حين العقد" .

قال الدردير (٢) : "ثم أخرج من قوله ولزم الكراء بالتمكن قوله عكس تلف الزرع بآفة مما للأرض مدخل فيها ... لكثرة دودها أو فأرها . لو قال لدودها الى آخره كان أحسن وأخصر اذ لاتشترط الكثرة أو عطش" .

قال الدسوقى (٣) : "أو بما يَنْشَعُ منها من الماء نحو حامُوْلٍ وقَضّاب وهالوك وعاقول والمراد تلف الزرع بوجود ماذكر فى المدة المستأجرة وان لم تكن الأرض معتادة بذلك هذا هو الظاهر" .

وقد ذكر التُّسُولى الفرق بين جائحة القحط والغرق والفأر فيسقط الكراء فيها وبين جائحة البرد ومامعه فلا يسقط فيها الكراء فقال : "لأن هذه عاهة لاسبب للمكرى فيها من قبل مائه ولامن قبل أرضه فذلك كغاصب غصب الزرع خاصة بخلاف القحط ومامعه فان الأرض سببا فيه" (٤) .

وجاء فى روضة الطالبين (٥) : "ولو اكترى أرضا للزراعة فزرعها فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر أو نحوها فليس له الفسخ ولاحط شئ من الأجرة لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لامنفعة الأرض فصار كما لو اكترى دكانا لبيع البز فاحترق بزه لاتنفسخ الاجارة فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الانبات فى مدة الاجارة انفسخت الاجارة فى المدة الباقية".

---

(١) حاشية الدسوقى (٥٠/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٥٣/٤) .

(٣) حاشية الدسوقى (٥٣/٤) .

(٤) البهجة شرح التحفة (١٦٨/٢) .

(٥) (٢٤٠/٥)،وراجع المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٣٥٥/٢)، الأم (٣٤٣/٣).

وجاء فى الاقناع وشرحه[1] : "ومتى زرع فغرق الزرع أو أُتْلِفَ الزرع بحريق أو جراد أو فأر أو برد أو غيره قبل حصاده أو لم تنبت فلا خيار وتلزمه الأجرة نصا ،لأن التالف غير المعقود عليه وسببه غير مضمون على المؤجر ثم ان أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع فى بقية المدة فله ذلك لأنه ملك المنفعة الى انقضاء مدته وان تعذر زرعها أى المؤجرة لغرق الأرض المؤجرة أو قل الماء قبل زرعها أو بعده أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع فله الخيار لحصول مانقص به منفعة العين المؤجرة" .

وقال ابن قدامة[2] : "اذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شىء على المؤجر نص عليه أحمد ولانعلم فيه خلافا لأن المعقود عليه منافع الأرض ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استؤجرت ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها " .

ونقل شيخ الاسلام ابن تيمية عن القاضى أبى يعلى وغيره من فقهاء الحنابلة قولهم : " أنه اذا اكترى أرضا للزرع فزرعها ثم أصابها غرق آفة من غير الشرب فلم ينبت لزمه الكراء . وذكر أن أحمد نص على ذلك وأنها لو غرقت فى وقت زرعها فلم يمكنه الزراعة لم تلزمه الأجرة لتعذر التسليم "[3] .

ثم ذكر شيخ الاسلام الفرق بين المسألتين فقال : " فالقاضى يفرق بين الصورتين كالنَّصَّيْن المفترقين يفرق بين انقطاع الماء وبين حدوث الغرق وغيره من الآفات . بأن انقطاع الماء فوات نفس المنفعة المعقود عليها لأن المعقود عليه أرض لها ماء فانقطاع الماء المعتاد بمنزلة عدم التسليم المستحق كموت الدابة والأجرة انما تستحق بدوام التسليم المستحق . وأما الغرق وغيره من الآفات التى تُفْسِدُ الزرع فهو اتلاف لعين ملك المستأجر فهو كما لو استأجر دارا فتلف له فيها ثوب . وحقيقة

---

(١) كشاف القناع (٢٩/٤) .

(٢) المغنى (٨٢/٤) . وراجع (٣٦١/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩١/٣٠) .

الفَرْق : أنه مع انقطاع الماء لم تَسلَم المنفعة ومع تلف الزرع تسلم المنفعة لكن حصل ما أتلف ملك المستأجر فهو كما لو تلف بعد الحصاد"[(١)] .

وبعد عرضنا لنصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة نجد أنهم متفقون على أن ما أصاب الزرع من آفة سببها الأرض فانه يعتبر من جوائح الاجارة التى يحط عن المستأجر فيها مقدار مصيبته وماكان من أمر خارجى فلم يصب الأرض ولكنه أصاب الزرع كالرياح والجراد والنار ونحو ذلك فليس بجائحة ويجب على المستأجر كامل الأجرة وما أصابه فى زرعه فهو منه .

الا أن شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله قد حقق هذه المسألة غير هذا التحقيق وذهب فيها خلاف ماذهب اليه الفقهاء وهذا يعتبر من اختياراته . فلم يفرق رحمه الله بين الجائحة التى للأرض مدخل فيها وبين الجائحة التى ليس للأرض مدخل فيها فقال : " واذا كان المعقود عليه نفس منفعة العين من أول المدة الى آخرها فأى وقت نقصت فيه هذه المنفعة بنقص ماء وانقطاعه أو بزيادته وتغريقه أو حدوث جراد أو بَرْدٍ أو حَرٍّ أو ثلج ونحو ذلك مما يكون خارجا عن العادة ومانعا من المنفعة المعتادة فان ذلك يمنع المنفعة المستحقة المعقود عليها فيجب أن يملك الفسخ أو يسقط من الأجر بقدر مافات من المنفعة كانقطاع الماء وليس بين انقطاع الماء وزيادته وسائر الموانع فرق يصلح لافتراق الحكم "[(٢)] .

وقد اعترض على من فَرَّقَ بينهما واعتبر هذا التفريق ناشئا عن شبهة لاعن دليل فقال : " وانما دخلت الشبهة على من دخلت عليه حيث ظن أن المنفعة المقصودة بالعقد إِثَارَةُ الأرض والبَذْر فيها . وظن أن تلف الزرع بعد ذلك بغرق أو غيره بمنزلة تلف زرع الزارع بعد الحصاد وبمنزلة تلف ثوب له فى الدار المستأجرة وهذه غفلة بَيِّنَة لمن تدبر"[(٣)] .

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩٢/٣٠) .

(٢) المرجع نفسه (٢٩٧/٣٠ – ٢٩٨)، وراجع (٢٦١/٣٠ – ٢٦٢) .

(٣) المرجع نفسه (٢٩٦/٣٠) .

وقد احتج شيخ الاسلام لما ذهب اليه من أن المقصود بعقد الاجارة ليس منفعة إِثَارَةَ الأرض والبَذْر فيها فقط وانما مقصود المستأجر الذى عقد عليه العقد هو تمكنه من الانتفاع بتربة الأرض وهوائها ومائها وشمسها الى أن يكمل صلاح زرعه احتج بما يأتى :

(١) أن كل ذى فطرة سليمة حتى من لم يمارس علم الفقه من الفلاحين وشذاذ المتفقهة ونحوهم يعلمون أن المعقود عليه هو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لامجرد تعبه ونفقته الذى هو طريق الى الانتفاع فان ذلك بمنزلة اسراجه والجامه واقتياده للفرس المستأجرة وذلك طريق الى الانتفاع بالركوب لا لأنه المعقود عليه وان كان داخلا فيه فكذلك شق الأرض وبذرها طريق الى الانتفاع المعقود عليه المقصود بالعقد وهو نفع الأرض بما يخلقه الله فيها من ماء وهواء وشمس . فمن ظن أن فعله هو المعقود عليه فقد غلط غلطا بينا باليقين الذى لاشبهة فيه يوضحه :

(٢) أنه عقد على استيفاء منفعة ،وفعله فيها ليس منفعة له ولافيه انتفاع له بل هو كلفة وتعب ونصب يذهب فيه جهده وماله فشق الأرض تعب ونَصَبٌ والقاء البذر اخراج مال وانما يفعل ذلك لما يرجوه من انتفاعه بالنفع الذى يخلقه الله فى الأرض من الانبات .

(٣) أن المستأجر قد بذل الأجرة ومن المحال أن يبذلها مقابل عمل نفسه وهو شق الأرض وبذرها . وانما يبذل الأجرة فيما يصل اليه من منفعة العين المؤجرة لافيما هو له من عمل نفسه فان شراء حقه بحقه محال .

قال شيخ الاسلام : " ومن تصور هذه قطع بما ذكرناه ولم يَبْقَ عنده فيه شبهة ان شاء الله "(١) .

والذى يظهر لى ـ والله أعلم ـ رجحان ماذهب اليه شيخ الاسلام

---

(١) راجع فى ذلك مجموع الفتاوى (٣٠/٢٩٤،٢٩٦ ـ ٢٩٧) .

ابن تيمية لقوة ما استدل به ولأن مدار الحكم على تعطل المنافع فمتى تعطلت وُضِع عن المستأجر بقدر ما أصابه من ذلك وفسخت الاجارة والتفريق بين ما يُتْلِفُ الزرع ويكون سببه من الأرض وبين ما يتلفه ويكون بسبب خارجي كالرياح والأمطار ونحو ذلك فيه نظر لأن كلا السببين جاء على المنافع المعقود عليها فأبطلها أو عطلها أما بطلان قوة الانبات فى الأرض أو ضعفها فظاهر وأما الرياح والأمطار والبَرْدِ ونحو ذلك اذا أتت على الزرع فأتلفته قبل تمام صلاحه فهى وان كانت على ملك المستأجر وهو الزرع الا أننا فى نهاية المطاف نرجع ونقول لمن تلف زرعه بسبب البَرْدِ أو الريح أو المطر أنه لم ينتفع من هذه الأرض التى استأجرها لأن مقصوده الوحيد من اجارة الأرض وحرثها ووضع البذر فيها هو أن يكمل صلاح زرعه ويحصده وبذلك يعتبر مستوفيا لكامل المنفعة ولايخالف فى ذلك كل صاحب فطرة سليمة .

والجوائح فى الاجارة يُلْزَمُ المؤجر بتحملها قياسا على الجوائح التى تصيب الثمار والزروع فى البيع والتى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها بل ان وضع الجوائح فى الاجارة أولى لأن المنافع فى الاجارة لاتقبض الا شيئا فشيئا باتفاق علماء المسلمين أما فى الزروع والثمار فالخلاف بينهم واقع فى القبض قال شيخ الاسلام ابن تيمية (١) : "فاذا تلف هذا المعقود عليه بطل العقد وان بطل بعضه كان كما لو تعطل منفعة غيره من الأعيان المؤجرة بل بطلان الاجارة أو نقص الأجرة هنا أولى منه فى جوائح الثمر" .

فى كيفية وضع الجائحة فى الاجارة :

يجب التفريق بين الجائحة التى تصيب الزروع والثمار وبين الجائحة التى تصيب المنافع عند القيام بوضع الجائحة فلا يلتبس هذا بذاك قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : " فان هذا مَزَلَّةُ أقدام ومَضِلَّةُ أفهام

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩٥/٣٠) .

غلط فيه خلائق من الحكام والمُقَوِّمِيْنَ والمُجِيْحِيْنَ والمُلَّاك والمستأجرين حتى أن بعضهم يظنون أن جائحة الاجارة للأرض المزروعة بمنزلة جائحة الزرع المُشْتَرَىْ "[1] .

وقال[2] : "وأما مايتوهمه بعض الناس أن جائحة الزرع فى الأرض المستأجرة توضع من رب الأرض أو يوضع من رب الأرض بعض الزرع قياسا على جائحة المبيع فى الثمر والزرع فهذا غلط فان المشترى للثمر والزرع ملك بالعقد نفس الثمر والزرع فاذا تلف قبل التمكن من القبض تلف من ملك البائع وأما المستأجر فانما استحق بالعقد الانتفاع بالأرض وأما الزرع نفسه فهو ملكه الحادث على ملكه لم يملكه بعقد الاجارة وانما ملك بعقد الاجارة المنفعة التى تنبته الى حين كمال صلاحه " .

بناء على ذلك فان المنافع اما أن تتعطل بالكلية أو تنقص :

(١) فان تعطلت بالكلية مثل أن تتلف العين المؤجرة فى أثناء المدة أو لم تتلف لكن منافعها انقطعت بعض المدة ثم عادت فهذا يوضع عنه من الأجرة مايقابل المدة التى تعطلت فيها المنفعة مع مراعاة تفاوت أجرة العين من زمان الى زمان آخر ومن مكان الى مكان آخر ان كان هناك تفاوت ،يقول ابن قدامة[3] : "فان كان أجر المدة متساويا فعليه: يُقَدَّرُ مامضى.ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر وان كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يُقَسَّمُ الثَّمَنُ على المبيع المتساوى وان كان مختلفا كدار أجرها فى الشتاء أكثر من أجرها فى الصيف وأرض أجرها فى الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدورمكة رجع فى تقويمه الى أهل الخبرة ويُقَسَّطُ الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شئ الى مكان معين وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة " .

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٠١/٣٠) .

(٢) المرجع نفسه (٣٠٠/٣٠) .

(٣) المغنى (٣٣٦/٥ - ٣٣٧) .

ويقول ابن عبد البر[(١)] : "واذا انفسخ الكراء بينهما تحاسبا فان كانت الدار من الدور التى لها نَفَاقٌ فى حين من السنة نحو الفنادق ونحو دور مكة فى الموسم تحاسبا على قدر ماسَكَنَ من أيام النفاق والكساد" .

وقال : " واذا اكترى دابة بعينها فماتت قبل ركوبها انفسخ الكراء ورد ماقبض منه وان ركب بعض الطريق حاسبه على قدر سهولة الطريق وعلى قدر حزونته"[(٢)] .

وقال ابن عابدين[(٣)] : " قوله : وانقطاع ماء الرحى : فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويرفع عنه من الأجر بحسابه قيل حساب أيام الانقطاع وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء والأول أصح لأن ظاهر الرواية يشهد له فانه قال فى الأصل: الماء اذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه فى ذلك ".

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية[(٤)] : "حصول المنفعة فى بعض زمن الاجارة أو بعض أجزاء العين المستأجرة فهذا تسقط فيه الأجرة على قدر ذلك ويجب بقسط ماحصل من المنفعة وتكون الأجرة مقسومة على قدر قيمة الأمكنة والأزمنة فان كلا منهما قد يكون متماثلا وقد يكون مختلفا بأن يكون بعض الأرض خيرا من بعض وكرى بعض فصول السنة أغلى من بعض " .

(٢) أما اذا نقصت المنافع مثل أن يَقِلَّ ماء السماء أو ماء البئر المعقود عليها أو تصاب الأرض بآفة فلا تعطى الغلة المعتادة أو يحصل غرق أو دود ينقص الزرع أو يحصل فى الدار المؤجرة عيب تقل معه رغبة الناس فيه فيصنع فى ذلك كما يصنع فى أرش المبيع المعيب تنظر قيمة أجرة العين بدون تلك الآفة وقيمة أجرتها مع تلك الآفة وينسب النقص الى قيمة أجرتها كاملة ثم يحط من الأجرة

---

(١) الكافى فى فقه أهل المدينة (٩١/٢)،وراجع المدونة (٥٢٧/٤ ـ ٥٢٨).
(٢) المرجع نفسه (٩٣/٢) .
(٣) حاشية رد المحتار (٧٧/٦ ـ ٧٨) .
(٤) مجموع الفتاوى (٢٩٨/٣٠) .

المسماة بقدر النقص مثال ذلك :

أن تكون الأجرة المسماة ألفا . ثم قُوِّمَتْ فقيل قيمتها مع السلامة تساوى ألفا كالأجرة المسماة ومع الآفة تساوى ثمانمائة فالآفة قد نقصت خُمُسَ قيمة الأجرة المقومة فيحط عن المستأجر خُمُسَ قيمة الأجرة المسماة .

---

(١) مجموع فتاوىشيخ الاسلام ابن تيمية (٣٠٠/٣٠)،مغنى المحتاج (٣٤٨/٢) .

المسألة الرابعة : حكم نقض المستأجر ما أحدث فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة .

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن الاجارة اذا انتهت مدتها لزم المستأجر تسليم العين المؤجرة الى صاحبها ولايجوز له استبقاؤها عنده زيادة على المدة المعقود عليها الا بعقد جديد قائم على التراضى .

غير أن هناك استثناءات من هذا الأصل ،منها ماذكر الفقهاء من أن المدة اذا انتهت وللمستأجر زرع فى الأرض المستأجرة لم يتم صلاحه فانه فى هذه الحالة لايجبر على تفريغ الأرض وقلع زرعه حتى يتم الصلاح لكن يلزمه أن يدفع للموجر أُجْرَةَ مِثْلِ المدة الزائدة وهذا هو قول الحنفية[1] والمالكية[2] .

وذهب الشافعية والحنابلة الى التفصيل فى ذلك :

فقال الشافعية[3] اذا كانت الأرض مستأجرة للزرع فيها ولم يُعَيَّن فى العقد مايُزْرَعُ فيها بل كان مطلقا فان كان عدم استحصاد الزرع فى مدة الاجارة بتفريط من المستأجر بأن زرع صنفا لايستحصد فى تلك المدة ونحو ذلك فللموجر أن يجبره على قلع الزرع وتفريغ الأرض عند انتهاء مدة الاجارة لأنه لم يعقد الا على المدة فلا يلزمه الزيادة لتفريط المستأجر .

وان كان عدم استحصاده بغير تفريط من المستأجر وذلك مثل أن يصيبه البَرْدُ أو يتأخر المطر فانه لايجبر على قلعه فى أصح الوجهين ومن ثم يكون عليه المسمى الى انقضاء المدة بحكم العقد وأُجْرَةِ المِثْلِ لِمَا زاد لأنه كما لايجوز الاضرار بالمستأجر بقلع زرعه فانه لايجوز الاضرار بالموجر فى تفويت منفعة أرضه .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٧٥/٦)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ٥٠١) .

(٢) المدونة (٥٣٨،٥٣٤/٤)،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٧/٤) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٠٢/٢)،البهجة شرح التحفة (١٦٥/٢) .

(٣) المهذب (٥٢٨/٢)،روضة الطالبين (٢١٣/٥ - ٢١٤) .

هذا اذا لم يُعيّن فى العقد الصنف الذى يُزرَع فيها فان كان معينا لايستحصد فى المدة التى تعاقدا عليها فإنْ شَرَطَ المؤجِّرُ على المستأجر القلع عند انتهاء المدة فان المستأجر يجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط . وان كان العقد مطلقا فلم يشترط عليه القلع عند انتهاء المدة فليس للمؤجر اجباره على قلعه لأنه دخل معه على العِلْم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك الى الحصاد فلزمه الصَّبْرُ عليه كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الادراك . وحينئذ يلزم المستأجر دفع المُسَمَّى الى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل للزيادة لأنه كما لايجوز الاضرار بالمستأجر بقلع زرعه لايجوز الاضرار بالمؤجر فى ابطال منفعة أرضه وهذا هو أصح الوجهين واختيار القَفَّال .

وقال الحنابلة[1] : ان كان تَأَخَّرُ صلاح الزرع بتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يُخَيَّر المالك بعد انتهاء المدة بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعه فى أرض غيره عدوانا بغير حق . ولكن لايلزم المستأجر قلع الزرع فى هذه الحالة حتى ولو طلب المالك منه القلع لأن له حقاً ينتهى اليه الا اذا اختار المستأجر القلع فى الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأنه بذلك يزيل الضرر عن المؤجر ويسلم الأرض على الوجه الذى اقتضاه العقد .

وأما ان كان تأخر صلاح الزرع بغير تفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا ينتهى فى المدة عادة فأبطأ لِبَرْدٍ أو غيره فإنه يلزم المؤجر تركه الى أن ينتهى وله المُسَمَّى وأجر المثل لما زاد عن المدة لأنه حَصَلَ الزرع فى أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضا فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال زرعه .

---

(١) كشاف القناع (٤/٤٧ - ٤٨)، شرح منتهى الارادات (٢/٣٨٢ - ٣٨٤)، التنقيح المشبع (ص ٢٢٦)، المبدع (٥/١١٨)، الانصاف (٦/٨٦)، القواعد لابن رجب (ص ١٥٣)، المغنى (٥/٣٦١) .

هذا ما استثناه الفقهاء من هذا الأصل وهو ماله حَدٌّ ينتهى اليه

أما مايُحْدِثُهُ المستأجر فى العين المؤجرة مما ليس له حد ينتهى اليه كالبناء فى الدار أو الأرض أو غرس الشجر فيهما :

فعند الحنفية (١) والمالكية (٢) يَلْزَمُ المستأجر بتسليم العين المؤجرة فارغة غير مشغولة كما أخذها وليس له أن يُلْزِمَ صاحب العين أن يتقبل ماأحدثه فيها بقيمته وسواء كان ماأحدثه باذن رب الدار أو بغير اذنه جاء فى المدونة (٣) :" لأن رب الدار يقول لم آذن لك حين أذنت لك وأنا أريد أن أغرم لك شيئا انما أذنت لك لترتفق " .

الا أن المالكية جعلوا الخيار لصاحب العين المؤجرة انأراد أن يأخذ ماأحدثه المستأجر من بناء أو غرس ونحو ذلك فله أخذه بقيمته مقلوعا ان كان له قيمة وليس للمستأجر أن ينقضه اذا أعطاه رب الدار قيمته مقلوعا لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " لاضرر ولاضرار" فان لم يكن له قيمة اذا قلعه فليس له أن يقلعه فى قول المالكية والحنفية وليس له البدل .

واذا قلع المستأجر ماأحدثه لزمه أن يُسَلِّم العين المؤجرة كما أخذها فيصلح جميع مافسد بسبب القلع .

أما الشافعية (٤) والحنابلة (٥) فقد اتفقوا مع الحنفية والمالكية فيما اذا شرط على المستأجر القلع عند انتهاء المدة وقالوا يلزم المستأجر القلع وليس على صاحب العين أرش نقص ماقلع المستأجر . وليس على المستأجر اصلاح آثار القلع خلافا للحنفية والمالكية لأنهما دخلا على هذا لرضا هما بالقلع واشتراطهما له .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٧٥/٦)،روضة القضاة المجلد الأول (ص ٥٠١)،ردالمحتار (٨٠/٦) .

(٢) المدونة (٥٢٥/٤ - ٥٢٦)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٩١/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٧٤/٤) .

(٣) المدونة (٥٢٥/٤) .

(٤) المهذب (٥٢٩/٢)،روضة الطالبين (٢١٤/٥) .

(٥) كشاف القناع (٤٤/٤ - ٤٦)،شرح منتهى الارادات (٣٨١/٢)، الانصاف (٨٣/٦ - ٨٤)، المبدع (١١٦/٥ - ١١٨) ، المغنى (٣٦٣/٥) .

أما اذا أذن له المالك ولم يشترط عليه القلع عند انتهاء المدة فالمستأجر بالخيار بين أمرين :

(الأول) أن يختار القلع فله ذلك لأن الغرس والبناء ملكه فله أخذه كما يأخذ طعامه من الدار التى استأجرها الا أن عليه تسوية ما أفسده بالقلع واعادة العين المؤجرة لصاحبها كما أخذها . لأنه أدخل نقصا على ملك غيره بغير اذنه فكان عليه مؤونة ازالته .

قال الحنابلة : واذا اختار المستأجر القلع فليس لرب الأرض منعه من ذلك لِيَتَمَلَّكَهُ عليه بقيمته أو يوجب عليه أَجْرَ المِثْلِ بتبقيته لأنه مُلْكَ مَالِكِهِ فكان له أخذه من العين المؤجرة كغيره من المملوكات (١) .

(الثانى) أن يمتنع المستأجر من القلع ففى هذه الحالة لايجبر عليه الا أن يضمن له المؤجر النقص ان كان،فيجبر حينئذ المستأجر على القلع لأنه ان لم ينقص ما أحدثه بالقلع فلا ضرر عليه وعدم اجباره انما هو لدفع الضرر اللاحق به من جَرَّاءِ القلع . وان نقص ما أحدثه بالقلع فان ضرره يندفع بالأرش الذى يدفعه له المؤجر .

فان لم يَرْضَ المؤجر بالقلع مع دفع أرش النقص للمستأجر قيل له أنت بالخيار أيضا بين أن تتملك الغرس أو البناء بقيمته من المستأجر فان رضى بذلك أُجْبِرَ المستأجر لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة .

وبَيْنَ أن تَتْرُكَ المستأجر بأجر المثل.فان اختار المؤجر ذلك أُجْبِرَ المستأجر لأنه كما لايجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان لايجوز الاضرار بالمكرى بابطال منفعة العين المؤجرة من غير أجره .

وقد استدل الحنابلة لما ذهبوا اليه بقوله صلى الله عليه وسلم "ليس لعرق ظالم حق" (٢) .

قالوا : مفهوم الحديث أن من ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم لأنه انما أحدث ما أحدث من غرس وبناء باذن المالك ولم يشترط عليه

---

(١) كشاف القناع (٤٦/٤)، الانصاف (٨٤/٦) .

(٢) صحيح الامام البخارى (٧٠/٣) كتاب الحرث والمزارعة باب (١٥) وقدوصله ابن حجر من عدة طرق راجع فتح البارى (٨٥/١٠) ورواه أبوداود(٤٥٤/٣) كتاب الأمارة باب (١٥)،والترمذى (٦٥٣/٣) كتاب الأحكام باب (٣٨)والامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) .

القلع حين أذن له فلا يجبر على قلعه من غير ضمان كما لو استعار أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ٠

تحرير محل النزاع والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء فى هذه المسألة نخلص الى الآتى :

(١) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أن الزرع اذا لم يستحصد فى المدة المحددة لعقد الاجارة أنه يُمَدَّدُ للمستأجر حتى يتم صلاح زرعه ويحصده وعلى المستأجر أن يدفع أجرة المثل للمدة الزائدة لما فى ذلك من الجمع بين الحَقَّيْنِ الا ما استثناه الشافعية والحنابلة من أنه اذا كان تأخره عن المدة بتفريط من المستأجر فانه يعتبر كالغاصب والذى يظهر لى أن قياسه على الغاصب من كل وجه غير صحيح لأن هذا قد قبض باذن المالك والغاصب لم يقبض باذن المالك ٠ وهذا قبض قد اقتضاه عقد أما الغصب فانه لم يقتضه عقد بحال فافترقا ،ولذلك فعدم التفريق أولى فى النظر فَيَلْزَمُ الموجر ابقاء الزرع حتى يكتمل صلاحه سواء كان بتفريط المستأجر أو عدم تفريطه وضرر الموجر مندفع بما يُفْرَضُ له من أجر المثل فى المدة الزائدة واذا أمكن دفع الضرر عن الطرفين وتحقيق المصلحتين كان ذلك أولى ،فالشريعة الاسلامية انما جاءت بجلب المصالح ودفع المضار ٠

(٢) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أن المستأجر يلزمه تسليم العين الموجرة عند انتهاء المدة فارغة غير مشغولة بمتعلقات موقتة ولادائمة ولايغرم الموجر للمستأجر أرْشَ نَقْصٍ لنقضه ما أحدث من بناء ونحوه الا ما استثناه الشافعية والحنابلة فيما اذا أذن له المالك ولم يشترط عليه القلع فانه لايجبر على القلع من غير عوض ٠

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه الحنفية والمالكية من الابقاء على حكم الأصل وهو تسليم العين الموجرة فارغة غير مشغولة وأنه لايجبر الموجر على تَقَبُّل ما أحدث المستأجر فى العين الموجرة لأنه

وان أذن له بذلك فانه ـ كما قال المالكية ـ أذن له ليرتفق لأنه ربما لو لم يأذن له أصابه حرج عظيم فهو محسن اليه بالاذن له فى احداث مايريد وماعلى المحسنين من سبيل ٠

ثم ان المستأجر قد دخل على احداث ما أحدث مما يراد للدوام وهو يعلم أنه مستأجر وأن الاجارة لها أمد تنتهى اليه فعليه تحمل تبعة ذلك ٠

وبناء على ذلك فان المؤجر اذا اختار عدم تَقبُّل ما أحدثه المستأجر ورغب أن يفرغ له العين المؤجرة فان على المستأجر النَّقْض واصلاح مافسد من جَرَّاءِ النقض فيُسلِّم العين كما استلمها الا اذا لم يكن له منفعة من تلك الأنقاض فانه يجبر على عدم النقض وهذا ماذهب اليه الحنفية والمالكية وهو رأى حسن جدا فى نظرى لأن النقض فى هذه الحالة يعتبر من الضِّرَارِ الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم كما فسره به طائفة من العلماء ورجحه ابن عبد البر وابن الصلاح فقد قيل : "والضِّرَارُ أن يُدْخِلَ على غيره ضررا بلا منفعة له به كمن مَنَعَ مالايضرُّه ويتضرر به الممنوع" (١) ٠ والله أعلم ٠

---

(١) جامع العلوم والحكم (١١/٣) ٠

المطلب الثانى : فى تلف الأموال فى اجارة الأعمال

يقسم الفقهاء الأُجَرَاءَ الى قسمين :

(القسم الأول) الأجير الخاص وهو الأجير الذى استؤجر مدة مُقَدَّرةٍ ليعمل عند المستأجر فقط فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره فى تلك المدة فالمستأجر هو الذى يستحق نفعه وحده فى تلك المدة دون سائر الناس وذلك كرجل استُؤجِرَ لعمل فى بناء أو خياطة أو ليرعى غنم المستأجر يوما أو شهر ونحو ذلك ٠

ويطلق عليه الشافعية الأجير المُنْفَرِدْ والحنفية أجير الوَحَدِ لأنه يختص به الواحد وهو المستأجر ٠

(القسم الثانى) الأجير المشترك وهو الذى يتقبل العمل لا لواحد أو جماعة مخصوصين فى مدة مُقَدَّرة مثل أرباب العمل من الخياطين والصَّوَّاغِيّنَ فاذا التزم لواحد أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل فكأنه مشترك بين الناس لأنه اذا تقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر من ذلك فى وقت واحد فعمل لهم اشتركوا فى منفعته فى تلك المدة واستحقوها جميعا فسمى مشتركا لاشتراكهم فى منفعته فى مدة معينة (1) ٠

وفيما يلى نعرض رأى الفقهاء رحمهم الله فى يد الأجير الخاص والأجير المشترك على العين المُسْتَأجَرِ للعمل فيها فى مسألتين ٠

---

(1) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦/٦٤، ٧٠)، شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٣٨٣) المادة (٤٢٢)، روضة الطالبين (٥/٢٢٨)، المغنى (٥/٣٨٨)، تبيين الحقائق (٥/١٣٣، ١٣٧)، الفتاوى الهندية (٤/٥٠٠) ٠

المسألة الأولى : يد الأجير الخاص على العين المُستأجِر للعمل فيها .

اتفق الفقهاء من الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] والشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] والظاهرية[(٥)] على أن يد الأجير الخاص يد أمانة فلا يضمن ماتلف تحت يده الا بتعدّيه أو تفريطه جاء فى المادة (٦٠٨) من مجلة الأحكام العدلية :" تَعَدِّى الأجير أن يعمل عملا أو يتحرك حركة مخالفتين لأمر الآجر صراحة أو دلالة مثلا بعد قول المستأجر للراعى الذى هو أجير خاص ارع هذه الدواب فى المحل الفلانى ولاتذهب بها الى محل آخر فان لم يرعها الراعى فى ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها يكون متعديا فان عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزم الضمان على الراعى "[(٦)] .

وجاء فى المادة (٦٠٩) : " تقصير الأجير هو قصوره فى المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر مثلا اذا فَرَّ من القطيع رَأْسُ غنم لعدم لحاق الراعى له تكاسلا واهمالا فضاع لذلك رأس الغنم فيضمن الراعى لتقصيره أما اذا كان عدم لحاقه ناشئا عن غلبة احتمال ضياع الغنم الباقية لايلزمه ضمان لأنه معذور"[(٧)] .

وقال ابن قدامة[(٨)] : "وأما مايتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخَبّاز الذى يسرف فى الوقود أو يُلْزِقُهُ قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعديه كغير الأجير " .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٤٧/٦)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٧٠/٦) ، تبيين الحقائق (١٣٨/٥)، الفتاوى الهندية (٥٠٠/٤)،مجمع الأنهر (٣٩٤/٢) .

(٢) رسالة كشف القناع عن تضمين الصناع (ص ٧٤ - ٧٥، ٧٩ - ٨١)، البهجة (١٨٥/٢، ٢٨٣)، الشرح الكبير (٢٨/٤)،جواهر الاكليل (١٩١/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٢٢٨/٥)،نهاية المحتاج (٣١١/٥)، المهذب (٥٣٤/١) ، مغنى المحتاج (٣٥٢/٢) .

(٤) كشاف القناع (٣٤/٤)،شرح منتهى الارادات (٣٧٦/٢)، الانصاف (٦ /٧٠-٧١) المغنى (٣٩٠/٥)،غاية المنتهى (٢٠٩/٢) .

(٥) المحلى (٣٥/٩) .

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية (٦٠٠/١) .

(٧) شرح مجلة الأحكام العدلية (٦٠٣/١) .

(٨) المغنى (٣٩٠/٥) .

وقد استدل الفقهاء على قولهم بأن الأجير الخاص لايضمن الابالتعدى والتقصير بالقياس فقد قاسوه على الوكيل بجامع أن كلا منهما نائب عن المالك فى صرف منافعه الى ما آمره به .

واستدلوا أيضا بالمعقول فقالوا :

(١) أنه لم يوجد منه فعل يصلح سببا لوجوب الضمان لأن القبض حصل باذن المالك .

(٢) أن الغالب فى الأجير الخاص أن يسلم نفسه ولايتسلم المال فلاتلحقه تهمة الخيانة .

(٣) أنه لايتقبل الأعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير فى الحفظ غالبا بخلاف المشترك .

المسألة الثانية : فى ضمان الأجير المشترك تلف العين المستأجرللعمل فيها.

اذا تلفت العين فى يد الأجير المشترك بعد قبضها من صاحبها فقد اختلف الفقهاء هل يضمنها أم لا على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يُفرِّقُ بين ماتلف بفعله أو بغير فعله :

أما ماتلف بفعله فهو ضامن له وهذا قول الحنفية (١) والصحيح من مذهب الحنابلة (٢) .

جاء فى الدر المختار (٣) : "ويضمن ماهلك بعمله كتخريق الثوب من دقة وزَلَقِ الحمال وغرق السفينة من مَدِّهِ جاوز المعتاد أم لا " .

قال ابن عابدين (٤) : " قوله ويضمن ماهلك بعمله : أى من غير قصد فى قول علمائنا الثلاثة " .

وجاء فى الاقناع وشرحه (٥) : "ويضمن الأجير المشترك ماتلف بفعله ولو بخَطَئِهِ كتخريق القصار الثوب من دَقِّه أو مَدِّهِ أو عَصْرِهِ أو بَسْطِهِ وغَلَطِهِ أى الخياط فى تفصيله ودفعه الى غير ربِّه" .

وأما ماتلف بغير فعله فلا ضمان عليه فيه ان لم يحصل منه تعَدٍّ أو تفريط وذلك مثل تلفه بحريق أو غرق أو سرقة ونحو ذلك مما ليس من فعله وهذا هو قول أبى حنيفة (٦) ومذهب الحنابلة (٧) .

---

(١) تبيين الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥)، الهداية مع نتائج الأفكار (١٢٢/٩) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٣٩١/٢ - ٣٩٢)، وانظر المادة (٦١١) من مجلة الأحكام العدلية (٦٠٦/١) .

(٢) الانصاف (٧٢/٦)، كشاف القناع (٣٥/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٧٨/٢) ، المغنى (٣٨٨/٥) .

(٣) (٦٦/٦) .

(٤) رد المحتار (٦٦/٦) .

(٥) كشاف القناع (٣٥/٤) .

(٦) تبيين الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥)، مجمع الأنهر (٣٩١/٢) .

(٧) الانصاف (٧٣/٦) .

وذهب الصّاحبان من الحنفية الى خلاف ذلك فقالا : عليه الضمان الا من حريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين والضابط فى ذلك أن مايَقْدِر على استدراكه لو عَلِمَ به فليس بغالب ولذلك قالوا : لو احترق بيت الأجير المشترك بسراج فعليه الضمان لأن هذا ليس بحريق غالب لأنه لو عَلِمَ به لأطفأه فلم يكن موضع العذر (١) .

وتضمين الأجير العين اذا تلفت من غير فعله مُقيَّد عند الصاحبين بكون التلف حصل وهى فى يده لأن العين انما تدخل فى الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لايجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع راكبا فى السفينة أو راكبا على الدابة التى عليها الحِمْلُ فعطب الحِمْلُ من غير صنع الأجير لاضمان عليه عندهما لأن المتاع فى يد صاحبه (٢) .

وقد اختلف قول الحنفية هل الفتوى على قول الامام أم على قول الصاحبين فالزيلعى ذهب الى أن الفتوى على قول الصاحبين فقال : "وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه تحصل صيانة أموالهم" (٣) .

وقَدَّمَ فى الملتقى (٤) قَوْلَ الامام وهذا يفيد أنه المختار عنده للفتوى كما هو اصطلاحه فى المقدمة .

وأفتى متأخروا الحنفية فيما اذا تلف بغير فعله ،بسبب يمكن الاحتراز عنه ، ولم يكن منه تعد أو تفريط بالصلح على نصف القيمة فيدفع الأجير المشترك نصف القيمة ويُحَطُّ عنه النصف الآخر (٥) جاء فى مجمع الأنهر: "وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والأئمة وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقولين (٦) . قال الحصكفى : " قال الزاهدى على هذا أدركت مشايخنا بخوارزم وأقره القهستانى " .

---

(١) بدائع الصنائع (٢٦٤٤/٦) .

(٢) المرجع نفسه (٢٦٤٥/٦) .

(٣) تبيين الحقائق (١٣٥/٥) .

(٤) مجمع الأنهر (٣٩١/٢) .

(٥) (٣٩٢/٢) .

(٦) الدر المنتقى شرح الملتقى (٣٩٢/٢) وراجع الدر المختار وحاشية رد المحتار (٦٦/٦) .

القول الثانى :

أن يد الأجير المشترك يد أمانة فلا يضمن ماتلف بيده من غير تعدد أو تقصير وهذا أظهر القولين عند الشافعية (١) وهو قول الظاهرية والمالكية (٢).

واستثنى المالكية الصُّنَّاع وحَامِلَ الطعام فضمنوهم ضمان تهمة لاضمان أصالة جاء فى جواهر الاكليل (٣) : "الأصل فى الصُّنَّاع أنه لاضمان عليهم وأنهم مؤتمنون لأنهم أجراء وقد أسقط النبى صلى الله عليه وسلم الضَّمَانَ عن الأجراء وخص العلماء من ذلك الصناع وضَمَّنُوهُم نظرا واجتهادا لضرورة الناس لغلبة فقر الصناع ورقة ديانتهم واضطرار الناس الى صنعتهم فتضمينهم من المصالح العامة الغالبة التى تجب مراعاتها".

وجاء فى رسالة كَشْفِ القناع عن تضمين الصناع (٤) : "وأما الحمالون فقال ابن شاس : لاضمان على الأجير على الحَمْلِ ان عثر أو سقط ماحَمَلَهُ أو انقطعت حباله وهو مُصَدَّق فيما يدعيه من ذلك مالم يُغَرِّر من اعثار أو ضعف حبل وشبه ذلك أو يكون منه تعد أو تفريط الا فى الطعام والإدام فانه ضامن على كل حال وان لم يكن منه غَرَرٌ أو تفريط اذا لم تقم له بينة على تلفه وانما خُصَّ الطعام بذلك لمسيس حاجة الناس اليه وضرورتهم ولو لم يُضَمَّنُوا لتسارعوا الى أخذه اذ لابدل عليهم فيه فيؤدي ذلك الى امتناع الناس من الحمل معهم وتدخل المضرة على الفريقين فضُمِّنُوا دفعا لها".

ولأن الضمان عند المالكية على الصناع والحمالين للطعام ضمان تهمة فقد اشترطوا لتضمينهم شروطا اذا لم تتوفر لايجب عليهم الضمان الا بالتعدى أو التقصير وهذه الشروط :

---

(١) روضة الطالبين (٢٢٨/٥)، نهاية المحتاج (٣١٠/٥)، مغنى المحتاج (٣٥١/٢)، المهذب (٥٣٤/١)، الأم (٢٦٢/٣).

(٢) المحلى (٣٥/٩).

(٣) (١٩١/٢) وراجع رسالة كشف القناع (ص ٧٣)، المدونة (٣٨٨/٤).

(٤) (ص ٧٦ - ٧٧) وراجع الفروق (٢٠٧/٢ - ٢٠٨)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٥/٤).

(١) أن يَغِيبَ الصانع أو الحامل على السلعة بأن يصنعها بغير حضور ربها وبغير بينة أو يحملها الحامل بغير حضور ربها أو وكيله قالوا : فان صنع السلعة فى بيته ولو بغير حضوره أو صنعها بحضوره لم يضمن مانشأ من غير فعله كسرقة أو تلف بنار مثلا بلا تفريط أو نشأ عن فعله مما فيه تَغْرِيرٌ فان كان فى صنعته تَغْرِيرٌ أى تعريض للاتلاف مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف فلاضمان عليه الا بتفريط وذلك بأن يُعْلَمَ مثلا أنه عالجها على غير الوجه المعهود لعلاجها .

وكذلك قالوا فى الحامل يحمل الطعام أنه اذا حمله بحضرة صاحبه أو وكيله ثم تلف من غير تعد أو تفريط منه فلا ضمان عليه .قالوا : والمراد بحضرة ربه مُصَاحَبَتِهِ له ولو فى بعض الطريق فاذا صاحبه فى بعضها ثم فارقه فادعى تلفه بعد مفارقته فانه يُصَدَّق وذلك لأن مصاحبته ببعض الطريق ومفارقته فى بعضها دليل على أنه انما فارقه لَمَّا علم من حفظه وتحرزه .

(٢) أن يكون المصنوع مما يغاب عليه وهو مايمكن اخفاؤه كالذهب والفضة ونحوها فان كان مما لايغاب عليه وادعى تلفه فانه يُصَدَّق لعدم قيام التهمة حينئذ .

(٣) أن لاتقوم بينة على تلف السلعة المصنوعة أو الطعام المحمول بلا تفريط من الصانع أو الحامل فان قامت البينة على التلف أو الضياع من غير تفريط فلا ضمان عليهما [(١)] .

وهذا الشرط يؤكد أن ضمان الصانع أو الحامل انما هو ضمان تهمة لاضمان أصالة . يقول الدسوقى : " قوله الا أن تقوم بينة ... فيه اشارة الى أن ضمان الصناع ضمان تهمة ينتفى باقامة البينة لاضمان أصالة" [(٢)] .

---

(١) راجع فى هذه الشروط الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٨/٤) ، ومابعدها ، الكافى فى فقه أهل المدينة (٩٩/٢) ، رسالة كشف القناع (ص ٧٤ ـ ٧٥) ، البهجة شرح التحفة (٢٨٣/٢) .

(٢) حاشية الدسوقى (٢٩/٤) .

هذا ما استثناه المالكية من الأجير المشترك فليس كل أجير مشترك ضامن عندهم الا أن بعض متأخرى المالكية قد استحسن تضمين بعض الأجراء للمصلحة أيضا واحتياطا لأموال الناس من ذلك ماذكره الدسوقى بقوله : "واعلم أن أصل المذهب عدم تضمين الخُفَرَاءِ والحراس والرعاة واستحسن بعض المتأخرين تضمينهم نظرا لكونه من المصالح العامة"(١) .

ومن هؤلاء المتأخرين ابن رحال فقد اختار تضمين الراعى المشترك على الرغم من تسليمه أن المذهب(٢) على خلاف ذلك وذلك لفساد الناس وكثرة خيانتهم فقال(٣) : "وأما الراعى المشترك وهو الذى يرعى لسائر الناس ..... فقد سمعت فيه الرد على من قال بتضمينه ورأيت قول ابن سلمون العمل على عدم ضمانه ولاسيما وقد ألف فى عدم ضمانه من ذَكَرَ وهو صاحب المعيار وناهيك بتحقيقه ومعرفته بهذه الأمور وتدقيقه ويُقَوِّيهِ كلام ابن الحاج فى سمسار الدواب لأن الغنم والبقر والدواب من باب واحد من حيث كونها لايغاب عليها ...

قال والحاصل : القياس والنظر هو عدم ضمانه والذى تقتضيه كثرة خيانة الرعاة فى هذه الأزمنة هو ضمانه وهذا هو الذى نختاره وفيه وفى سمسار الدواب أعنى الضمان فيهما" .

---

(١) حاشية الدسوقى (٢٦/٤) .

(٢) المدونة (٤٣٩/٤) ،كشف القناع (ص ٨٨ - ٩١) وقد ألَّفَ الونشريسى صاحب المعيار كتابا فى الرد على من قال بتضمين الراعى المشترك فقد جاء فى المعيار (٣٤٣/٨) قوله : "ثم لما لَجَّ فى ضلاله وتمادى على ردى خلاله حملنى لجاجه وعدم انقياده للحق واعوجاجه أن أُلِّفَ فى المسألة تأليفا مفيدا جدا .. سميته : باضاءة الحلك والمرجع بالدَّرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعى المشترك" فمن طمحت عيناه للوقوف عليه فليلتمسه فانه متين البضاعة مُؤَيِّدٌ لمذهب الجماعة مُزَيِّفٌ لمذهب ابن حبيب ومن أخذ به بحيث لايساوى سماعه" قلت وقد وقفت على قطعة من هذا الكتاب مطبوعة طبعة حجرية ضمن مجموع رسائل ،وهذه القطعة تمثل المقدمة وسبب التأليف وشىء من موضوع الكتاب ومجموع ذلك يقع فى ثلاث لوحات والله أعلم .

(٣) كشف القناع (ص ١١٢ - ١١٤) .

ونُقل عن اليزناسني قوله[1] : "كنت زمن ولايتى بمدينة تلمسان كثيرا ماأحكم بتضمين الراعى المشترك عندما يظهر لى مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم وذلك غالب أحوالهم وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدى الى تلف كثيرمن أموال الناس لاضطرارهم اليه فى كثير من الأحيان .

وأضاف المحقق الى نقل ابن رحال عن اليزناسني قوله : " واعتمد فى ذلك على المصلحة العامة التى من أصل مذهب مالك رحمه الله مراعاتها".

وهناك من قضاة المالكية من حكم بتضمين الحمّامي مع أنه قد سئل هل يحكم بتضمين الراعى المشترك ؟ فقال لايحكم بذلك ،قال ابن رحال[2] : "فقال اليزناسنى مامحصله : لعل زمنه وبلده لم تظهر فيه خيانة الرعاة وظهرت فى الحمّامي وأما فى زماننا هذا وبلدنا فالراعى المشترك أولى بالحكم بالقول الشاذ من الحمّامي مراعاة للمصلحة" .

والحاصل أن قول بعض فقهاء المالكية بتضمين الأجير المشترك غير الصانع وحامل الطعام مما يُعدّ مخالفا للمذهب هو كما رأينا فيما عرضنا آنفا من أمثلة ،مراعاة للمصلحة العامة التى هى من أصول الامام مالك وأن اختلافهم فى تضمين الراعى المشترك أو الحمامى وغيرهما من أجير مشترك انما هو اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان . كما يفيده كلام اليزناسنى آنف الذكر .

القول الثالث :

تدخل العين فى ضمان الأجير المشترك بالقبض فان هلكت فى يده منفردا ضمن هلاكها ولو لم يتعد أو يقصر وهذا قول لبعض الشافعية[3] .

أما تقييد ذلك بكونه منفردا فالقصد منه الاحتراز من تلفه فى حضرة المستأجر أو فى بيته فانه فى هذه الحالة لاضمان عليه ولاخلاف بين الشافعية

---

(١) رسالة كشف القناع (ص ١٠٨) .

(٢) المرجع نفسه (ص ١٢١) .

(٣) روضة الطالبين (٢٢٨/٥)، المهذب (٥٣٤/١)، مغنى المحتاج (٣٥٢/٢)، نهاية المحتاج (٣١١/٥) .

فى هذه الحالة لأن المال غير مُسلَّمٍ اليه حقيقة وانما استعان به المالك كالاستعانة بالوكيل جاء فى روضة الطالبين (١) : "أما اذا لم يكن الأجير منفردا باليد كما اذا قعد المستأجر عنده حتى عمل أو حمله الى بيته ليعمل فالمذهب وبه قطع الجمهور لاضمان لأن المال غير مسلم اليه حقيقة وانما استعان به المالك كالاستعانة بالوكيل " .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء فى هذه المسألة رأينا أن من الفقهاء من يُفَرِّق بين ماتلف بفعل الأجير المشترك وماتلف بغير فعله فضَمَّنَهُ ماتلف بفعله فقط دون ماتلف بغير فعله ومنهم من لم يُفَرِّقْ وقال بضمانه مطلقا اذا تلف بعد قبضه وقد اعتمد هؤلاء على آثارٍ وَرَدَتْ عن الصحابة رضوان الله عليهم بتضمين الأجير المشترك .

ومن الفقهاء من قالوا بعدم ضمان الأجير المشترك الاأن يتعدى أو يفرط . واستحسن بعض هؤلاء تضمين بعض الأجراء وعمدتهم فى ذلك المصلحة .

فأما الآثار التى وردت عن بعض الصحابة والتى اعتمد عليها من قال بتضمين الأجير المشترك :

(١) فما رواه عبدالرزاق قال : أخبرنا يحيى بن العلاء عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : كان علي يضمن الخياط والصَّبَّاغ وأشباه ذلك احتياطا للناس" (٢) .

وأخرجه البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على : " أنه كان يضمن الصَّبَّاغَ والصُّوَاغَ وقال لايصلح الناس الا هذا" (٣) .

---

(١) (٥/٢٢٨)،وراجع مغنى المحتاج (٢/٣٥١)،نهاية المحتاج (٥/٣١٠) .

(٢) مصنف عبدالرزاق (٨/٢١٧) كتاب البيوع باب ضمان الأجير الذى يعمل بيده .

(٣) السنن الكبرى (٦/١٢٢)،وابن حزم فى المحلى (٩/٣٧). قال البيهقى "حديث جعفر عن أبيه حديث مرسل . ثم رواه باسناد آخر عن خلاس عن علي وقال : وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن على ". انظر السنن الكبرى (٦/١٢٢) . وقد ضعف هذا الأثر الألبانى . راجع ارواء الغليل (٥/٣١٩) .

(٢) ومارواه عبدالرزاق أيضا قال : أخبرنا بعض أصحابنا عن ليث بن سعد عن طلحة بن أبي سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج أن عمر بن الخطاب ضَمَّنَ الصَّبَّاغَ الذي يعمل بيده "(١) .

ولكن هذه الآثار لاتثبت عن علي وعمر رضي الله عنهما فقد قال الامام الشافعي رحمه الله : " وقد يروى من وجه لايُثْبِتُ أهل الحديث مثله أن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه ضَمَّنَ الغَسَّال والصَّبَّاغَ وقال لايُصْلِحُ الناس الا بذلك أخبرنا بذلك ابراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا رضي الله عنه قال ذلك .

ويروى عن عمر تضمين بعض الصُّنَّاعِ من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحدا منهما يثبت "(٢) .

وقد ناقش رحمه الله من قال بتضمين الأجير المشترك ورد عليه بقوله : " وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثرا يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد رُوِيَ فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا فَيُضَمَّنُ أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحِفْظِ وحَمْلِ المتاع والأجير على الشيء يصنعه . لأن عمرا ان كان ضمن الصناع فليس في تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضَمَّنَهُمْ بأنهم أخذوا أجرا على ماضَمِنُوا فكل من كان أخذ أجرا فهو في معناهم وان كان علي رضي الله عنه ضَمَّنَ القصار والصائغ فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجره "(٣) .

واستدل أبو حنيفة والحنابلة على عدم تضمين الأجير المشترك ماتلف بغير فعله :

(١) بأن القبض حصل باذن فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية .

---

(١) مصنف عبدالرزاق (٨/٢١٧) وقد أعلَّه ابن حجر بالانقطاع . انظرالتلخيص الحبير (٣/٧٠)،ورواه ابن حزم في المحلى (٩/٣٧) .

(٢) الأم (٣/٢٦٤) .

(٣) المرجع نفسه (٣/٢٦١ - ٢٦٢) .

(٢) أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يُتلِفها بفعله فلم يضمنهـــا كالعين المستأجرة (١) .

واستدل الصاحبان على قولهما انه يَضمَنْ ماتلف بغير فعله الااذا كان بامر غالب لايستطيع دفعه بما يأتى :

(١) الآثار الواردة عن عمر وعلى بن أبى طالب التى سبق ذكرها .

(٢) أن المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المُستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذى هو سبب الهلاك لأنه لايمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد لأن مالايتم الواجب الا به فهو واجب . ولأنه لافرق بين هلاكه بفعله وبغير فعله .

وقدنوقش هذا بأنه لايُسلَّمُ أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ تبعا أو اقتضاء لامقصودا لأن العمل لايتأتى بدون حبس العين ولَمَّا لم يمكن العمل الا بحبس العين كان له حبسه ولهذا لايقابله شئ من الأجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الأجر .

وأما قياس ماتلف بغير فعله على ماتلف بفعله فنوقش بأنه انما ضَمِنَ ماتلف بفعله لأن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن .

ولأنه انما أُذِنَ له فى العمل المُصلِح أما المفسد فلم يؤذن له فيه .

(٣) أن هؤلاء الأجراء الذين يُسلَّم المال اليهم من غيرِ شهود تُخَافُ الخيانة منهم فلو علموا أنهم لايضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لايعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لايوجد فى الحرق الغالب والغرق الغالب والسرقة الغالبة (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك تبيين الحقائق (١٣٥/٥)، المغنى (٣٩٥/٥)، كشاف القناع (٣٦/٤) .

(٢) راجع فى ذلك تبيين الحقائق (١٣٤/٥ - ١٣٥) .

أما دليل المالكية على تضمينهم للصناع والحمالين الذين يحملون الطعام خاصة فقد ذكرنا أن الأصل عندهم عدم تضمين أحد من الأجراء وأنهم موتمنون الا أن المصلحة اقتضت تضمين الصناع خاصة ووجه المصلحة ذكرها الشاطبى بقوله : " ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة الى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة فى غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة الى استعمالهم لأفضى ذلك الى أحد أمرين :

إما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق . واما أن يعملوا ولايضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة فكانت المصلحة التضمين " (١) .

والحاصل أن الفقهاء الذين قالوا بضمان الأجير المشترك انما هو مراعاة للمصلحة العامة واحتياطا لأموال الناس نظرا لفساد الزمان وكثرة خيانة الأجراء وقد صَرَّحَ الفقهاء بذلك كما نقلنا عنهم حتى أن الامام الشافعى رحمه الله الذى يرى أن ليس على الأجير المشترك ضمان كان لايبوح به مراعاة للمصلحة جاء فى الأم (٢) : "قال الربيع : الذى يذهب اليه الشافعى فيما رأيت أنه لاضمان على الصناع الاماجنت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الضياع ".

وجاء فى مغنى المحتاج (٣) : "قال الربيع : اعتقاد الشافعى أنه لاضمان على الأجير وأن القاضى يقضى بعلمه وكان لايبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء . وقال الفارقي : بعد أن صحح الأول الا أن يعمل به أى بالثانى لفساد الناس قال ولي نحو ثلاثين سنة ماأفتيت بواحد من القولين ولاحكمت الا بالمصلحة " .

والذى أراه فى هذه المسألة رجحان ماذهب اليه المالكية من تضمين الأجير المشترك اذا وجدت التهمة وعدم تضمينه اذا انتفت التهمة ،لأن فى هذا مصلحة عامة لجميع المسلمين والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة والله أعلم .

---

(١) الاعتصام (١١٩/٢) .
(٢) (٢٦٤/٣) .
(٣) (٣٥١/٢ - ٣٥٢) .

المبحث الثالث

فى تلف المهر فى عقد النكاح

المطلب الأول : فى تلف المهر قبل قبض الزوجة له

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى من يتحمل تبعة التلف بعد تعيين المهر وقبل القبض على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) الى أن المهر قبل تسليمه للزوجة فى ضمان الزوج الا أن تكون الزوجة هى المتلفة للمهر فان ذلك يعد قبضا ويبرأ الزوج من ضمانه لأنها أتلفت حقها .

واشترط الشافعية (٣) لذلك أن تكون الزوجة رشيدة وأن تكون قد أتلفته لغير صيال ونحوه . أما اذا كانت غير رشيدة فلاتكون قابضة بالاتلاف لأن قبضها لايعتد به . وكذلك لايعتبر قبضا ان أتلفته لصيال ونحوه قياسا على المبيع فان المبيع لو كان عبدا فقتله المشترى لصياله عليه لم يكن قبضا فكذا هاهنا .

ومتى قيل بأن الضمان على الزوج : فعند الحنفية (٤) يجب عليه مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا . وعند الشافعية (٥) فى ذلك قولان :

(أظهرهما) وهو الجديد أنه يضمن مهر المثل وهو مايسمى بضمان

---

(١) شرح فتح القدير (٣٤٦/٣)، المبسوط (٧٠/٥)،تبيين الحقائق (١٦٠/٢) ، روضة القضاة المجلد الثانى (ص ٩٢٠) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٠/٧)،مغنى المحتاج (٢٢١/٣)، الأم (٥٣/٥)،نهاية المحتاج (٣٣٦/٦ - ٣٣٧) .

(٣) مغنى المحتاج (٢٢١/٣)،نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٣٣٦/٦) .

(٤) شرح فتح القدير (٣٤٦/٣) .

(٥) روضة الطالبين (٢٥٠/٧)، (٥٠٩/٣)، الأم (٥٣/٥) .

العقد قالوا : لأن العين مملوكة بعقد معاوضة كالمبيع بيد بائعه فيضمنه بمهر المثل اذ ضمان العقد هو وجوب المقابل الذى وقع به العقد.

القول الثانى :

وهو القديم يضمنه ضمان يد والمراد به ضمانه بالبدل وهو مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وذلك بأقصى قيمة من يوم الصداق الى يوم التلف وهذا التحديد فى مفهوم القيمة هو أصح الأقوال عندهم كما أشار اليه الرافعى (١) . قالوا لأن التسليم كان مُستحقاً فى كل وقت .

وهذا القول عندهم فيما اذا أمكن تقويم عين الصداق فان لم يمكن تقويمها فيضمنها ضمان عقد قطعا وهو مهر المثل (٢) .

بناء على ذلك فقد قالوا :

(أ) اذا كان التلف حصل بآفة سماوية أو بفعل الزوج :

فانه يضمن للزوجة مهر المثل على القول الراجح الجديد . أوالبدل على القول القديم .

(ب) اذا كان التلف حصل بفعل أجنبى : فالمذهب عندهم أن الزوجة بالخيار بين أمرين :

(أحدهما) فسخ الصداق . وتأخذ من الزوج مهر المثل على القول الراجح أو البدل على القول القديم .ويرجع الزوج بالغرم على المتلف .

(الثانى) أن لاتفسخ الصداق وتُغَرِّم المُتْلِفَ المثل أو القيمة وليس لها مطالبة الزوج فى أظهر القولين .

هذا اذا كان التلف كليا أما اذا كان جزئيا :

فعند الحنفية : ان كان التلف يسيرا فليس لها غيره .

وان كان فاحشا فلا يخلو من أن يكون بفعل الزوج أو بآفة سماوية أو بفعل الصداق أو بفعل الزوجة أو بفعل أجنبى .

---

(١) روضة الطالبين (٢٥٠/٧) .

(٢) مغنى المحتاج (٢٢١/٣)،حاشية المغربى الرشيدى على نهاية المحتاج (٣٣٦/٦) .

(١) فان كان بفعل الزوج :

فلها الخيار أن تُضمِّنه قيمته يوم تزوجها أو تأخذه ناقصا وتضمن الزوج النقصان لأنه أتلف جزءا من الصداق ولو أتلفه كله ضمنه فاذا أتلف بعضه لزمه قدره •

(٢) اذا كان التلف الجزئى حصل بآفة سماوية فلها الخيار أيضا بين أن تأخذ من الزوج قيمته يوم تزوجها • أو تأخذه ناقصا من غير أن تُضمِّن الزوج النقصان •

(٣) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل الصداق نفسه فهو كالعيب السماوى فى ظاهر الرواية •

(٤) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل الزوجة فتصير قابضة له كله كما فى حال التلف الكلى •

(٥) اذا كان التلف الجزئى حصل بفعل أجنبى : فهى بالخيار بين أن تأخذه وتُضمِّن الجانى نقصانه • أو تُضمِّن الزوج قيمته وهو يرجع على الجانى • وليس لها أن تأخذ العين التى قد تلف بعضها وتضمن الزوج النقصان لأنه لاصنع منه بذلك •

أما عند الشافعية : فان التلف الجزئى للمهر لايخلو : أن يكون بآفة سماوية أو بفعل الزوج أو بفعل الزوجة أو بفعل أجنبى :

(١) أما اذا حصل بآفة سماوية أو بفعل الزوج • فان عقد الصداق ينفسخ فى التالف على المذهب دون الباقى والزوجة بالخيار فان فسخت الصداق فى الباقى رجعت الى مهر المثل بناء على القول الراجح الجديد • وان أجازت الباقى فانه يُرجَعُ فى التالف الى حصة قيمته من مهر المثل •

(٢) أما اذا حصل بفعل الزوجة فانها تكون قابضة لقسط من الصداق ولاضمان على الزوج لأنها أتلفت جزء ملكها •

(٣) أما اذا حصل بفعل أجنبى فهى بالخيار بين أن تفسخ الصداق وتأخذ الباقى وقسط قيمة التالف من مهر المثل على القول الجديد الراجح وان أجازت ولم تفسخ الصداق فانها تأخذ الباقى وتأخذ من الأجنبى

ضمان ماأتلفه وهو المثل أو القيمة ان كان متقوما [١] .

القول الثانى :

ذهب المالكية [٢] الى التفصيل فى ذلك فقالوا :

لايخلو تلف المهر أن يكون بسبب الزوج أ و بغير سببه .

(أ) فان كان بسببه فعليه ضمانه بكل حال .

(ب) وان كان بغير سببه بأن لم يحصل منه تعد أو تفريط وهذا أيضا لابد أن تَقُومَ البينة على أنه تلف بغير سببه .

(١) فان قامت بينة أن المهر المعين تلف بغير سببه فضمانه من الزوجة بمعنى أنه يضيع عليها هذا اذا كان النكاح صحيحا ولم يحصل طلاق قبل الدخول .

أما اذا كان النكاح فاسدا فان الزوجة لاتَضْمَنُهُ الا بالقبض .

وهذا قياسا منهم على البيع يقول الدسوقى : " ان ضمان الصداق المعين اذا ثبت هلاكه كضمان المبيع وقد علمت أن البيع تارة يكون صحيحا وتارة يكون فاسدا . فكما أن البيع اذا كان صحيحا فضمان المبيع من المشترى بمجرد العقد سواء كان المبيع بيده أو بيد البائع فكذلك النكاح . ان كان صحيحا فان الزوجة تضمن الصداق بمجرد العقد ولو كان بيد الزوج والمراد بضمانها له أنه يضيع عليها .

وان كان البيع فاسدا فان المشترى لايضمن المبيع بمجرد العقد بل بالقبض . فكذلك النكاح اذا كان فاسدا فانها لاتضمن الصداق الا بقبضه" [٣] .

(٢) ان لم تقم بينة على أن المهر المعين تلف بغير سببه فحكمه حكم البيع أيضا فما يُصَدَّقُ فيه البائع والمشترى وهو مالايغاب عليه أى مالايمكن اخفاؤه . يُصَدَّقُ فيه الزوج أو الزوجة .

---

(١) راجع فى ذلك كله المراجع التى ذكرناها للحنفية والشافعية عند بداية هذا القول .(ص٤١٧)

(٢) جواهر الاكليل (٣٠٥/١ - ٣١٧،٣٠٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٩٤/٢ - ٢٩٥) .

(٣) حاشية الدسوقى (٢٩٤/٢) .

أما مايغاب عليه وهو مايمكن اخفاؤه كالذهب والفضة فضمانه على الزوج اذا ادعى ضياعه فيضمن للزوجة قيمته ان كان قيميا أو مثله ان كان مثليا هذا اذا كان قد دخل بها . وهذه نصوص المالكية القاضية بذلك

يقول الدردير : " وتلفه بدعوى من هو بيده من غير ثبوت كالبيع فالذى يُصدَّقُ فيه البائع والمشترى يُصدَّقُ فيه الزوج والزوجة " (١) .

قال الدسوقى : "قوله : فالذى يُصدَّقُ فيه البائع والمشترى ... الخ (٢) أى وهو مالايغاب عليه ومايغاب عليه اذا ثبت هلاكه أى والذى لايصدق فيه البائع والمشترى لايصدق فيه الزوج والزوجة وذلك اذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة " .

وقال أيضا : " يعنى أن تلف الصداق اذا لم يثبت هلاكه وكان مما يغاب عليه كالمبيع اذا لم يثبت هلاكه وكان مما يغاب عليه فكما أن المبيع المذكور ضمانه ممن هلك فى يده سواء كان البائع أو المشترى فكذلك الصداق المذكور ضمانه ممن هلك بيده سواء كان الزوج أو الزوجة فاذا كان فى يد الزوج وادعى ضياعه وكان قد دخل بها ضمن لها قيمته أو مثله . وان كان بيدها ضاع عليها " (٣) .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة (٤) والظاهرية (٥) الى أن المهر المعين اذا تلف بيد الزوج قبل قبض الزوجة له فانه يتلف على الزوجة ولاضمان على الزوج اذالم يحصل منه تعد أو تفريط .

فان فرط فى حفظه حتى تلف أو تعدى عليه فأتلفه فعليه ضمانه بكل حال .

---

(١) الشرح الكبير (٢/٢٩٥) .
(٢) حاشية الدسوقى (٢/٢٩٥) .
(٣) حاشية الدسوقى (٢/٢٩٥) .
(٤) كشاف القناع (٥/١٥٦)، الانصاف (٨/٢٦١)، المغنى (٧/٢٣١)، شرح منتهى الارادات (٣/٧١ - ٧٢)، غاية المنتهى (٣/٦٠) .
(٥) المحلى (١١/٨٥) .

وكذلك ان منعها منه بعد أن طلبته ثم تلف عنده فعليه ضمانه لأنه بمنعها منه صار غاصبا له والغاصب ضامن لما تلف بيده لعدوانه .

اما ان أتلفته الزوجة بيد الزوج فهو من ضمانها لأن هذا الاتلاف يعتبر قبضا فيسقط عن الزوج الضمان وان أتلفه أجنبى فقد نص الحنابلة على أن الزوجة بالخيار بين الرجوع على الأجنبى بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف .

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء والنظر فيها تبين لى أن المالكية والحنابلة والظاهرية متفقون على أن يد الزوج على المهر المعين قبل قبض الزوجة له يد أمانة لايضمن الا بالتعدى أو التفريط .

أما ضمان الزوج للمهر اذا تلف عند المالكية فانما هو ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يسقط عنه الضمان بقيام البينة .

وماذهب اليه الحنابلة والظاهرية والمالكية من أن يد الزوج على المهر المعين قبل قبض الزوجة له يد أمانة لايضمنه الا بتعديه أو تفريطه هو أعدل القولين فى نظرى لأن الزوجة ملكت المهر المعين بمجرد العقد فصار كالوديعة عند الزوج لايضمنه الا بتعديه أو تفريطه كسائر الودائع والله أعلم .

المطلب الثانى : فى تلف المهر بعد قبض الزوجة له اذا طلقها قبل الدخول

اذا وجب للزوج نصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول ثم تلف المهر فى يد الزوجة تلفا كليا أوجزئيا فقد اختلف الفقهاء على من تقع عليه تبعة التلف منهما على أربعة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[(١)] الى التفريق بين ما اذا حصل التلف قبل الطلاق أوبعده فان حصل التلف قبل الطلاق بيد الزوجة فعليها ضمان نصف قيمة العين يوم القبض اذا كان التلف كليا وان كان جزئيا فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف قيمة العين يوم القبض لتعذر ردها كما قبضتها أوأخذ نصف العين ناقصة وليس عليها ضمان النقص كتلفه بيد الزوج بعد الدخول هذا اذا كان التلف قد حصل بآفة سماوية أو بفعل الصداق أو بفعل الزوجة لأنه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقص عليها .

أما اذا كان بفعل أجنبى أو بفعل الزوج بعد تسليمه لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبى . فليس للزوج الانصف قيمة عين الصداق يوم قبضت ولاسبيل له على العين لأن الأرش الذى أخذته الزوجة من الأجنبى بسبب النقص بمنزلة الولد الحادث بعد قبض الزوجة فيمنع التنصيف حيث أن الزيادة المنفصلة المتولدة من العين كالولد والثمار اذا حدثت بعد قبض الزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لايحكم بتنصيفها وتنصيف أصلها بل للزوج فى الطلاق نصف قيمة الأصل فقط فى مذهب الحنفية[(٢)] .

---

(١) شرح فتح القدير (٣٤٧/٣) ،بدائع الصنائع (١٤٨١/٣ - ١٤٨٢) ، المبسوط (٧٥/٥ - ٧٦) . وقد جاء فيه : " ووقع فى المختصر أن التعيب فى يدها قبل الطلاق وبعده فى الحكم سواء وهو غَلَطٌ بل الصحيح من الجواب فى كل فصل ماذكرنا " .

(٢) راجع فى ذلك شرح فتح القدير (٣٤٨/٣) ،بدائع الصنائع (١٤٧٨/٣) .

هذا اذا حصل التلف قبل الطلاق فان حصل بعد الطلاق فان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن الصداق بعد الطلاق يبقى فى يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لأن الملك لها وحق الغير فى الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوى لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب ٠

أما اذا كان بفعل أجنبى فكما لو حصل الاتلاف قبل الطلاق ٠

القول الثانى :

ذهب المالكية (١) الى أن ضمان المهر اذا تلف وحصل طلاق قبل الدخول منهما سواء كان بيد الزوج أو بيد الزوجة فكل من تلف فى يده لايغرم للآخر حصته ويحلف من كان فى يده أنه مافرط على الأظهر وسواء فى ذلك مايغاب عليه أو لا، قبضته الزوجة أولا، وهذا كله اذا قامت البينة على أنه تلف بغير سبب ٠٠ أو لم تقم ولكنه مما لايغاب عليه كالزروع والحيوان والعقارات ونحوها ٠

أما اذا كان مما يغاب عليه ولم تقم بينة على أنه تلف بغير سبب فان ضمانه ممن هلك فى يده سواء كان الزوج أو الزوجة فاذا كان التلف حصل فى يد الزوج فانه يضمن لها نصف القيمة ان كان قيميا أو نصف المثل ان كان مثليا وكذلك الحال ان حصل بيد الزوجة وهذا قياسا منهم على البيع فانهم قد قالوا : إِنَّ تَلَفَ الصداق اذا لم يثبت أنه بغير سبب ،وكان مما يغاب عليه كالمبيع اذا لم يثبت هلاكه وكان مما يغاب عليه فكما أن المبيع ضمانه ممن هلك فى يده سواء كان البائع أو المشترى فكذلك الصداق ضمانه ممن هلك فى يده سواء كان الزوج أو الزوجة (٢) ٠

---

(١) جواهر الاكليل (٣١٧/١)، الشرح الكبير (٣٢٠/٢)،حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٢٩٥/٢) ٠

(٢) حاشية الدسوقى (٢٩٥/٢) ٠

القول الثالث :

ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] الى أن ضمان المهر اذا تلف فى يد الزوجة وحصل طلاق قبل الدخول من الزوجة، فتضمن للزوج نصف مثله ان كان مثليا أو نصف قيمته ان كان قيميا .

وسواء فى ذلك عند الحنابلة أن يتلف فى يدها بعد الطلاق قبل المطالبة أم بعدها وسواء كان متميزا أم غير متميز وسواء منعته من قبضه أم لا هذا هو المذهب[3] . لأنه وجب له نصف الصداق فلم يدخل فى ضمانه الا بالقبض واذا لم يدخل فى ضمانه الا بالقبض كان مضمونا عليها فتضمن نقصه وتلفه .

هذا فى حال التلف الكلى أما التلف الجزئى فان كان قد حصل بعد قبض الزوجة بغير جناية جان عليه فقد قال الشافعية والحنابلة للزوج الخيار بين أن يأخذ النصف ناقصا ولاشىء له غيره لأنه اذا اختار أخذه بهذه الحالة فقد أسقط حقه . وبين أخذ نصف قيمته سليما لأن قبوله ناقصا ضرر عليه وهو منفى عنه شرعا . وتعتبر القيمة عند الحنابلة يوم العقد ان كان الصداق متميزا لأنه مضمون بالعقد .

أما غير المتميز فتعتبر قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم العقد الى يوم القبض لأن غير المتميز لايدخل فى ضمانها قبل القبض .

---

(١) مغنى المحتاج (٢٣٥/٣ - ٢٣٦)، نهاية المحتاج (٣٥٧/٦)، المهذب (٧٥/٢)، روضة الطالبين (٢٩٢/٧) .

(٢) كشاف القناع (١٥٩/٥، ١٦٠، ١٦١)، الانصاف (٢٦٦/٨ - ٢٦٧)، شرح منتهى الارادات (٧٣/٣ - ٧٤) .

(٣) الانصاف (٢٦٨/٨) . واختار ابن قدامه رحمه الله أن نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق وقبل مطالبة الزوج بتسليمه لايوجب الضمان عليها لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولاعدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة . أما اذا طالبها فمنعته فعليها الضمان لأنها غاصبة وقال ان هذا قياس المذهب . راجع المغنى (٢٢٧/٧) .

هذا اذا كان النقص بغير جناية • فان كان بجناية جان عليه فان للزوج آخذ نصف الأرش مع نصف المهر الناقص لأنه بدل مافات منه •

القول الرابع :

ذهب الظاهرية (١) الى أن الزوج انما يستحق نصف المهر الذى دفع اليها بعينه سواء كان معينا أو موصوفا •

بناء على ذلك : اذا تلف هذا المهر كله ثم طلقها قبل الدخول فليس للزوج على الزوجة شئ والقول قولها فى التلف مع يمينها •

بيان ذلك : أن الله سبحانه وتعالى قد أوجب للزوج الرجوع بنصف مافرض لها لابنصف شئ غيره ومافرض لها قد تلف فلا يكون له شئ •

قالوا : ولو كان التلف جزئيا بأن تلف بعض الصداق الذى فَرَضَ لها فان للزوج تمام النصف فاذا لم يبق الا النصف مثلا صار له لأنه نصف مافرض لها •

وهذا عند الظاهرية اذا لم يثبت أن الزوجة قد تعدت وأتلفت المهر فان كانت متعدية فعليها الضمان •

أما مجرد الأكل أو البيع أو الهبة أو اللبس أو الاعتاق للعبد ان كان المهر عبدا فهذه تصرفات لاعدوان فيها لأن هذه تصرفات مشروعة للانسان فى ماله وهى حينما تصرفت هذه التصرفات فى المهر قد حكمت فى مالها وحقها فلا ضمان عليها وانما الضمان على من أكل بالباطل •

والحاصل : أن الظاهرية يرون أن حق الزوج فى النصف متعلق بعين المهر الذى دفعه الى الزوجة لابذمة الزوجة •

---

(١) المحلى (١١/٨٥ ـ ٨٦) •

الفصل الثاني

أحكام تلف الأموال في عقود التبرعات

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أحكام تلف الأوقاف

الأوقاف من عقار أو منقول عرضة للتلف والخراب . ويحكم ذلك عدة عوامل منها على سبيل المثال تعاقب الزمان وكثرة الاستعمال أو بما يرسله الله سبحانه وتعالى على عباده من الآيات تخويفا لهم أو عقوبة كالريح الشديدة المُدَمِّرَة ،والأمطار الغزيرة الجارفة ،والزلازل ،والبراكين وماشابه ذلك من الآيات . وهذا مايطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب غير مضمون . ويقابله اتلافه بفعل فاعل وهو مايطلق عليه الفقهاء تعطل الوقف بسبب مضمون .

وتعطل الوقف بسبب غير مضمون وهو ماعبرنا عنه بالتلف اختصارا هو الذى دارت حوله كلمات الفقهاء وان لم يغفلوا الثاني ولكنهم عُنُوا بالأول ،واختلفوا فيه اختلافا كبيرا ،حتى في المذهب الواحد اختلف القول من عالم لعالم آخر فمن متشدد في أمر بيع الوقف وابداله اذا تلف انطلاقا من قاعدة سد الذرائع وهذا لاينكر فان قاعدة سد الذرائع أحد أرباع التكليف كما يقول ابن القيم رحمه الله (١) ، ومن مرخص في بيعه واستبداله انطلاقا من قاعدة جلب المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتعطيلها . فالضالة المنشودة واحدة وهو تحصيل المصلحة للوقف وأهله .

---

(١) اعلام الموقعين (١٥٩/٣) وقد جاء فيه : " باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فانه أمر ونهى . والأمر نوعان أحدهما مقصود لنفسه والثاني وسيلة الى المقصود،والنهى نوعان : أحدهما : مايكون المنهى عنه مفسدة في نفسه . والثاني مايكون وسيلة الى المفسدة فصار سد الذرائع المفضية الى الحرام أحد أرباع الدين" .

ولعل تغير الزمن واختلاف أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم له الأثـــــر الكبير في هذا الاختلاف اذ لاينكر تغير الفتوى واختلافها بتغير الأزمنـــة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد كما أشار الى ذلك العلامة ابن القيم رحمه الله وعقد له فصلا طويلا (1) .

وفيما سنذكره ان شاء الله تعالى في هذا الفصل من نصوص الفقهـــاء مايشهد لذلك وسوف نجعل الكلام حول هذا الموضوع في مطلبين .

---

(1) المرجع نفسه (٣/٣) .

المطلب الأول : فى تلف الأوقاف بسبب غير مضمون

يفرق الفقهاء رحمهم الله بين كون الوقف عقارا أو منقولا (١)، بل بين العقار نفسه فيفرقون بين كون العقار مسجدا أو رباطا ونحو ذلك والكلام فى ذلك ينتظم فى ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : تلف المسجد .

اختلف الفقهاء اذا خرب المسجد أو تعطل هل يباع ويبدل أو لا ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف والمالكية والشافعية الى أن المسجد اذا خرب أو تعطل لم يَعُدْ ملكا ولم يُبَعْ بحال من الأحوال بل يبقى مسجدا أبدا الى قيام الساعة .

وماذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف هو المفتى به فى المذهب الحنفى يقول الحصكفى (٢) : " ولو خرب ماحوله واسْتُغْنِيَ عنه يبقى مسجدا عند الامام والثانى أبدا الى قيام الساعة وبه يفتى " .

---

(١) يجوز وقف المنقول عند عامة الفقهاء متى توفرت فيه الشروط فعند الحنفية يجوز وقف المنقول اذا كان تابعا للعقار أو منفصلا عنه لكن ورد النص بجواز وقفه كالسلاح والكراع أو لم يرد النص لكن جرى العرف بوقفه والى ذلك ذهب محمد بن الحسن الشيبانى وخالفه أبو يوسف الا أن قول محمد هو الذى عليه عامة مشايخ الحنفية وهو الصحيح المفتى به ،أما عند الشافعية والحنابلة فيجوز وقف المنقول اذا أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . وعند المالكية يجوز وقف المنقول مطلقا . راجع فى ذلك شرح فتح القدير (٢١٦/٦ - ٢١٧)،حاشية رد المحتار (٣٦٣/٤)، المهذب (٥٧٥/١)،مغنى المحتاج (٣٧٧/٢)، المغنى (٣٤/٦)،كشاف القناع (٢٦٩/٤ - ٢٧٠) .

(٢) الدر المختار مع حاشية رد المحتار عليه (٣٥٨/٤) .

قال ابن عابدين : " قوله عند الامام والثانى : أى فلا يعود ميراثا ولايجوز نقله ونقل مالَهُ الى مسجد آخر سواء كانوا يُصَلُّونَ فيه أو لا وهو الفتوى ... وأكثر المشايخ عليه ... وهو الأوجه" (١) .

وقال ابن جزى من المالكية : " المساجد فلا يحل بيعها أصلا بالاجماع " (٢) .

وجاء فى رسالة بيع الوقف الخرب : " فأما المساجد فقال ابن شاس قال محمد بن عبدوس لاخلاف فى المساجد أنها لاتباع " (٣) .

وجاء فى التاج والاكليل (٤) : " لايجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف " .

وجاء فى المنهاج وشرحه (٥) : "ولو انهدم مسجد وتعذرت اعادته أوتعطل بخراب البلد مثلا لم يَعُدْ ملكا ولم يبع بحال ... ولم يُنْقَضْ ان لم يُخَفْ عليه لامكان الصلاة فيه ولامكان عوده كما كان " .

وحجة أصحاب هذا القول فى عدم جواز بيع المسجد الخرب أو المتعطل أنه لما جعله مسجدا فقد حَرَّرَهُ خالصا لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلايحتمل العود الى ملكه كالاعتاق ،وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القُرْبَةِ قد صَحَّتْ فلاتبطل باحتمال عدم حصول المقصود (٦) .

ومع تغير الأزمنة وأحوال الناس وظهور بعض الولاة الظلمة والمتغلبة الذين يأكلون أنقاض أوقاف المسلمين أفتى أصحاب هذا القول بجواز نقل أنقاض المسجد أو بيعها وصرفها الى مسجد آخر لتفى ببعض المصالح .

---

(١) رد المحتار (٣٥٨/٤)،وراجع الهداية وشرح فتح القدير (٢٣٦/٦)،تبيين الحقائق (٣٣١/٣)،مجمع الأنهر (٧٤٩/١)،البحر الرائق (٢٧١/٥ - ٢٧٢)، الاسعاف فى أحكام الأوقاف (ص ٧٣) .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)،وراجع المنتقى (١٢٩/٦) .

(٣) للحطاب (ص ٢) .

(٤) (٤٢/٦) .

(٥) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) وراجع المهذب (٥٨١/١)،روضة الطالبين (٣٥٧/٥)،نهاية المحتاج (٣٩٥/٥) .

(٦) بدائع الصنائع (٣٩١٤/٨)،مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

فعند الحنفية قال ابن عابدين : "وجزم به فى الاسعاف حيث قال[(١)]: ولو خرب المسجد وماحوله وتفرق الناس عنه لايعود الى ملك الواقف عند أبى يوسف فيباع نقضه باذن القاضى ويصرف ثمنه الى بعض المساجد" .

وفى فتاوى قاضيخان[(٢)] : "رباط بعيد استغنى عنه المارة وبجنبه رباط آخر قال السيد الامام أبو الشجاع تصرف غلته الى الرباط الثانى كالمسجد اذا خرب واستَغْنَىٰ عنه أهل القرية فَرُفِعَ ذلك الى القاضى فباع الخشب وَصَرَفَ الثمن الى مسجد آخر جاز" .

وفى الفتاوى الهندية[(٣)] : "وَنَقَلَ فى الذخيرة عن شمس الأئمة الحلوانى أنه سئل عن مسجد أو حوض خرب ولايحتاج اليه لتفرق الناس عنه هل للقاضى أن يصرف أوقافه الى مسجد أو حوض آخر ؟ فقال نعم " .

قال ابن عابدين[(٤)] : "والذى ينبغى متابعة المشايخ المذكورين فى جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض كما أفتى به الامام أبو شجاع والامام الحلوانى وكفى بهما قدوة ولاسيما فى زماننا فان المسجد أو غيره من رباط أو حوض اذا لم ينقل يأخذ أنقاضه اللصوص والمتَغَلِّبُون كما هو مشاهد وكذا أوقافه يأكلها النُّظَّارُ أو غيرهم ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج الى النقل اليه . وقد وقعت حادثة سُئِلْتُ عنها فى أمير أراد أن ينقل بعض أحجار مسجد خراب فى سفح قاسيون بدمشق لِيُبَلِّطَ بها صحن الجامع الأموى فأفتيت بعدم الجواز متابعة للشرنبلانى . ثم بلغنى أن بعض المتغلبين أخذ تلك الأحجار لنفسه فندمت على ما أفتيت به ثم رأيت فى الذخيرة : قال : وفى فتاوى النسفى سئل شيخ الاسلام عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجدها الى الخراب وبعض المتغلبة يستولون على خشبه وينقلونه الى دورهم هل لواحد من أهل المحلة أن يبيع الخشب بأمر القاضى ويمسك الثمن ليصرفه الى بعض المساجد أو الى هذا المسجد ؟ قال نعم " .

---

(١) رد المحتار (٣٥٩/٤) .
(٢) (٣١٥/٣) .
(٣) (٤٧٨/٢) .
(٤) رد المحتار (٣٦٠/٤) .

وعند المالكية جاء فى التاج والاكليل (1) : "عن ابن عبدالغفور ...... ولابأس ببيع نقضها اذا خيف عليه الفساد للضرورة الى ذلك وتوقيفه لها ان رُجي عمارتها أمثل ،وان لم يُرْجَ عمارتها بيع وأعين بثمنها فى غيره أو صُرِفَ النقض الى غيره ... ويُذْكَرُ عن ابن مزين أنه يؤخذ نقضه وينتفع به فى سائر المساجد ويترك مايكون علما لئلا يندرس آثره . ونحوه حَكَىْ ابن حبيب عن غير ابن القاسم قال الموثق:جرى العمل عندنا ببيع مالانفع فيه ... وأفتى ابن عرفة فى جوامع خربت وأُيِسَ من عمارتها برفع أنقاضها الى مساجد عامرة ان احتاجت اليها" .

وعند الشافعية جاء فى روضة الطالبين (2) : "ثم المسجد المعطّل فى الموضع الخراب ان لم يُخَفْ عليه من أهل الفساد نَقْضُهُ لم ينقض . وان خيف نُقِضَ وحُفِظَ وان رأى الحاكم أن يُعَمِّرَ بنقضه مسجداً آخر جاز" .

فالحاصل : أن أصحاب هذا القول لايجيزون بيع المسجد اذا خرب أو تعطل فى الأصل ،ولكن لما تغير الزمن أفتى بعض علمائهم بجواز بيع أنقاضه أو نقلها الى مسجد آخر .

القول الثانى :

لمحمد بن الحسن الشيبانى صاحب الامام أبى حنيفة رحمه الله وهو أنه اذا خرب المسجد أو خرب ماحوله واستُغْنِيَ عنه فانه يعود الى ملك الواقف أو ورثته وحجته فى ذلك : أنه أزال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كَفَّنَ ميتا ثم أكله سبع وبقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا (3) .

قال ابن الهمام :"والأَوْجَهُ أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه

---

(1) (٤٢/٦) .

(2) (٣٥٨/٥) .

(3) بدائع الصنائع (٣٩١٤/٨)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٣٥٨/٤) ، شرح فتح القدير (٢٣٦/٦)، تبيين الحقائق (٣٣١/٣) .

لايعود كالمُعْتَقْ.كما لايعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد ذلك "[1] .

وقد رَدُّوا عليه قياسه على الكفن بأنه قياس مع الفارق فان وقف المسجد تحريرا خالصا لله تعالى بخلاف الكفن فانه لم يُحَرِّرْهُ وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له[2] .

وذكر فقهاء الحنفية أن منشأ الخلاف بين الصاحبين أن أبا يوسف لايَشْتَرِطُ فى الابتداء اقامة الصلاة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء وان تَرْكَ الناس الصلاة فيه لايخرجه من أن يكون مسجدا خلافا لمحمد فانه يَشْتَرِطُ فى الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء فاذا تَرَكَ الناس الصلاة فيه جماعة خرج من كونه مسجدا[3] .

وقيل ان أبا يوسف انما قال لايعود الى ملك صاحبه خوفا من أن يستعمله بنقيض ماكان يَجْرِي فيه من الطهارة وذكر الله وذلك بأن يُحَوِّلَهُ صاحبه اذا عاد الى ملكه اصطبلا مثلا .

وكذلك محمد انما قال يعود الى ملك صاحبه خوفا من أن يُسْتَعْمَلَ مزبلة اذا بقى خَرِبًا عند تطاول الزمن[4] .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة[5] فى الصحيح من المذهب أن المسجد اذا تعطلت منافعه فانه يجوز التصرف فيه حسب ماتقتضيه مصلحة المسلمين من بيعه واقامة مسجد آخر بدلا عنه فى مكان آخر وهذا كما لو انتقل أهل الحى أو القرية

---

(١) شرح فتح القدير (٦/٢٣٧) .

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٩١٤) .

(٣) العناية (٦/٢٣٦) .

(٤) المبسوط (١٢/٤٣)، العناية (٦/٢٣٦)، مجمع الأنهر (١/٧٤٩) وقال : "وماحُكِيَ من أن محمد مَرَّ بِمَزْبَلَةٍ فقال هذا مسجد أبى يوسف ومَرَّ أبو يوسف على اصطبل فقال هذا مسجد محمد من وضع الجهلة وليس من شأنهم الطعن كما فى الكفاية" .

(٥) كشاف القناع (٤/٣٢٣)، شرح منتهى الارادات (٢/٥١٤)، الانصاف (٧/١٠٣) ، المغنى (٦/٢٨)، المحرر (١/٣٧٠) .

فصار فى موضع لايصلى فيه أو كان موضعه قذرا . أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه . أو بِيعَ جزء منه لتعمير الجزء الآخر وذلك كما لو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولاعمارة بعضه الا ببَيْع بعضه .وفى هذا المعنى يقول المرداوى : "فعلى المذهب المراد بتعطل منافعه المنافع المقصودة بخراب أو بغيره ولو بضيق المسجد عن أهله نص عليه أو بخراب مَحَلَّتِه نقله عبدالله وهذا هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب "[1] .

جاء فى المغنى[2] : "قال أحمد فى رواية صالح يُحَوَّلُ المسجد خوفا من اللصوص واذا كان موضعه قذرا قال القاضى : يعنى اذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه . ونص على جواز بيع عرصته فى رواية ابنه عبدالله " .

وجاء فى كتاب المناقلة بالأوقاف[3] : ""قال صالح وسألت أبى عن رجل بنى مسجدا ثم أراد تحويله الى موضع آخر ؟ قال : ان كان الذى بنى المسجد يريد أن يُحَوِّلَهُ خوفا من لصوص أو يكون موضعه قذرا فلابأس أن يُحَوِّلَهُ" .

وقال : " قال أبو بكر : حدثنا محمد بن على حدثنا أبو يحيى حدثنا أبو طالب سئل أبو عبدالله أحمد بن حنبل : أيحول المسجد ؟ قال اذا كان ضيقا لايسع أهله فلابأس أن يحول الى موضع أوسع منه . قال أبو بكر : وحدثنا محمد بن على حدثنا عبدالله بن أحمد قال سألت أبى عن مسجد خرب ترى أن تباع أرضه وينفق على مسجد آخر أحدثوه ؟ قال اذا لم يكن له جيران ولم يكن أحدا يعمره فلاأرى بأسا أن يباع وينفق على الآخر . قال أبو بكر حدثنا محمد بن عبدالله حدثنا أبو داود : قال : سمعت أحمد بن حنبل يُسْأَل عن مسجد فيه خشبتان لهما قيمة وقد شَعِثَت وخافوا سقوطه أتباع هاتان وينفق على المسجد ويبدل مكانهما جذعان؟ قال ماأرى به بأسا واحتج بدواب الحُبُسِ التى لاينتفع بها تباع ويجعل ثمنها فى الحُبُسِ"[4] .

---

(١) الانصاف (١٠٣/٧) .
(٢) (٢٨/٦) .
(٣) لابن قاضى الجبل الحنبلى (ص ١٢) .
(٤) المناقلة بالأوقاف لابن قاضى الجبل (ص ١٢ - ١٣) .

قال : " وقال صالح فى مسائله : قلت لأبى المسجد يخرب ويذهب أهله ترى أن يحول الى مكان آخر ؟ قال نعم" .

أدلة أصحاب هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بالأثر والنظر :

أما الأثر :

(١) فان أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر عبدالله بن مسعود بتحويل المسجد الجامع بالكوفة ونَقْلِهِ فَحَوَّله عبدالله وصارت عَرَصَةُ المسجد الأول سوقا للتمر . فروى صالح بن أحمد فى مسائله حدثنا أبى أبو عبدالله أحمد بن حنبل قال : حدثنا يزيد بن هارون حدثنا المسعودى عن القاسم قال لما قدم عبدالله بن مسعود رضى الله عنه كان سعد بن مالك قد بنى القصر واتخذ مسجدا عند أصحاب التمر قال فنقب بيت المال فَأَخَذَ الرجلَ الذى نقبه . فَكَتَبَ فيه الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب عمر رضى الله عنه أن لاتَقْطَعْ الرجل وانقل المسجد واجعل بيت المال فى قبلته فانه لن يزال فى المسجد مصل فنقله عبدالله فخط هذه الخطة" (١) .

قال ابن قدامة : " وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا" (٢) .

---

(١) لم أقف على هذا الأثر فى المصنفات المعتمدة .
قال ابن قاضى الجبل : " قلت القاسم هذا الذى روى القصة هو ابن عبدالرحمن أبى عبيدة ابن عبدالله بن مسعود فعبدالله جده . وهو وأبو عبيدة والده لم يدركا ابن مسعود بل لما توفى ابن مسعود كان لأبى عبيدة أشهر لكنه من أثبت المراسيل فان القاسم من أعلم الناس بحال جده وأَمْرِهِ وشَأْنه لايطلق هذا الاطلاق الابعد تحققه وعلمه وشهرة هذا الأمر ومثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم ...... فتحرر أن مثل هذا المرسل لاينازع الجمهور فى قبوله وصحة الاحتجاج به . انظر ذلك ومزيداً من الكلام حول اسناد هذا الأثر . المناقلة بالأوقاف (ص ٣٦ - ٣٧) .

(٢) المغنى (٦/٢٩) .

وقال ابن قاضي الجبل : "وهذه الواقعة اشتهرت بالحجاز والعراق (١) والصحابة متوافرون فلم ينقل انكارها ولا الاعتراض فيها من أحد منهم بل عُمَرُ هو الخليفة الآمر وابن مسعود هو المأمور الناقل فدل هذا على شياع القصة وعلى الاقرار عليها والرضى بموجبها . قال الامام أبو الوفاء ابن عقيل في كتاب المفردات وهذا كان مع توفر الصحابة لم ينكر أحد ذلك مع كونهم لايسكتون عن انكار مايعدونه خطأ ... فلو كان نقل المسجد منكرا لكان أحق بالانكار لأنه أمر ظاهر فيه شَنَاعَة" .

لكن قد يُعْتَرَضُ عليه فيقال ان ماذكروه من التعطيل ليست صورة الدليل فلا يدل على مُدَّعَاهُم كما قال ابن قاضي الجبل : " ومن قال ببيع الوقف عند تعطله ولم يقل بالاستبدال به عند ظهور مصلحته مستدلا على البيع بهذا الأثر فقد احتج بما ليس فيه حجة لخصوص مذهبه لأن مادل الأثر عليه من النقل لظهور المصلحة لايقول به ومايقول به من التعطيل ليست صورة الدليل " (٢) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه اذا جاز نقله لظهور مصلحة مع كونه عامرا فلأن يجوز نقله اذا كان خرابا من باب أولى . وانما قال أصحاب هذا القول لايجوز بيعه الا اذا تعطلت منافعه ولم يقولوا بالبيع لمصلحة ونقله الى مسجد آخر مع أن هذا الأثر يدل عليه دلالة قوية (٣) لورود حديث في البخاري (٤) رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال

---

(١) المناقلة بالأوقاف (ص ٣٧) .

(٢) المناقلة بالأوقاف (ص ٣٨) .

(٣) جاء في كتاب المناقلة بالأوقاف (ص ٣٨) : " وهذا الأثر كما أنه يدل على مساغ بيع الوقف عند تعطل نفعه فهو دليل أيضا على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة ولأن هذا المسجد لم يكن نفعه متعطلا وانما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد" .

(٤) (١٨٥/٣) كتاب الشروط باب (١٩) . ورواه أيضا مسلم (١٢٥٥/٣) كتاب الوصية باب (٤) ،وأبو داود (٢٩٨/٣) كتاب الوصايا باب (١٣) ، والترمذي (٦٥٠/٣) كتاب الأحكام باب (٣٦)،وابن ماجه (٨٠١/٢) كتاب الصدقات باب (٤) .

يارسول الله انى أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها قال : فتصدق بها عمر أنه لايباع ولايوهب ولايورث ... الحديث .

قالوا : فقوله لايباع دليل على لزوم الوقف وعدم جواز بيعه لكنه مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص . فاذا تعطلت المنفعة جاز بيعه (١) .

(٢) أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال (٢) . وفى ابقائه على هذه الحالة التى لايستفاد منه بها اضاعة للمال فوجب حفظه بالبيع .

وأما من النظر (٣) :

(١) أن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بالأصل من حيث هو ومَنْعُ البيع مبطل لهذا المعنى الذى اقتضاه الوقف فيكون خلاف الأصل .

(٢) ان فى جواز بيع الوقف وابداله بمثله ابقاء للوقف بمعناه حين تعذر الابقاء بصورته فيكون متعينا .

(٣) أن جمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض ويقرب من هذا الهدى اذا عطب فى السفر فانه يذبح فى الحال وان كان يختص بموضع فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وتُرِكَ مراعاة المحل الخاص عند تعذره . لأن مراعاته مع تعذره تفضى الى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع .

الترجيح :

الذى يظهر لى – والله أعلم – رجحان ماذهب اليه الحنابلة من جواز

---

(١) كشاف القناع (٣٢٣/٤) .
(٢) البخارى (١٨٤/٧) كتاب الرقاق باب (٢٢) ،مسلم (١٣٤١/٣) الأقضية باب (٥) .
(٣) راجع فى ذلك كشاف القناع (٣٢٣/٤)، المغنى (٢٩/٦) .

بيع المسجدواستبداله بمثله اذا تعطلت منافعه بخراب ومافى معناه مما أشاروا اليه لقوة ما استدلوا به اذ لايصح بقاء المسجد متعطلا خرابا مع حاجة المسلمين إليه وعدم قيام الدليل الصحيح المعارض بل جاء الدليل الصحيح عن عمر بن الخطاب وعبدالله بن مسعود وكفى بهما قدوة بهدم المسجد ونقله وجعل مكانه سوقا للتمارين مع كونه عامرا لأن مصلحة المسلمين اقتضت ذلك فكيف اذا كان خرابا . فان قالوا انه مرسل فقد أجاب ابن قاضى الجبل عن ذلك بقوله (١) : "ومثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم ،أما أبو حنيفة ومالك وأحمد فى المشهور عنه فظاهر ورَجّحَ بعض المالكية والحنفية مطلق المراسيل الثابتة على المسندات من أخبار الآحاد ذكر ذلك عن بعض المالكية أبو عمر بن عبدالبر (٢) لجزم الراوى بالقِصّة المُقْتَضِي كثرة من أخبره أو ظهور صدقة قطعا بخلاف غيره . وأما الشافعى فانه يقبل المرسل فيما اذا أسنده غير مرسله أو أرسله آخر يروى عن شيوخ مرسله واعتضد بقول صحابى أو أكثر أهل العلم أو كان كمراسيل سعيد بن المسيب . وهذا قد اعتضد بقول طائفة من الصحابة ..... وأما من يقبل مراسيل التابعين وتابعيهم كما هو قول ابن إبان وغيره فظاهر فتحرر أن مثل هذا المرسل لاينازع الجمهور فى قبوله وصحة الاحتجاج به " .

وان استدلوا بقول عمر رضى الله عنه : لايباع أصلها . يعنى الأرض التى حَبّسَها قيل هذا شرط عمر رضى الله عنه فى وقفه وليس المنع من البيع لذات الوقف وقد ترجم له البخارى رحمه الله فى صحيحه (٣) :"باب الشروط فى الوقف" وحمله ابن قاضى الجبل (٤) أيضا على أنه : " لايباع البيع المُبْطِل لأصل الوقف الذى لايقام فيه مقامه بل بِيْعَ لِيُؤَكَل.ولهذا قرنه بالهبة والوراثة فالبيع والحالة هذه لايجوز اجماعا لأن فيه ابطالا لأصل الوقف " .

---

(١) المناقلة بالأوقاف (ص ٣٦) .
(٢) راجع فى ذلك التمهيد (١٧/١) .
(٣) (١٨٥/٣) .
(٤) المناقلة بالأوقاف (ص ٥٤) .

أما قول محمد بن الحسن الشيباني أنه اذا خرب رجع الى ملك الواقف فهو ضعيف أيضا قد ضعفه أصحابه من الحنفية ويُقْضي عليه ورود الدليل الصحيح الذى ينهى عن رجوع الوقف الى ملك الواقف ولو عن طريق الشراء فقد روى الامام البخاري[1] عن زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول حَمَلْتُ على فرس فى سبيل الله فابتاعه أو فأضاعه الذى كان عنده فأَرَدْتُ أن أشتريه وظننت أنه بائعه برخص فسألت النبى صلى الله عليه وسلم فقال لاتشتره وان بدرهم فان العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه" .

وفى لفظ مسلم[2] : " لاتبتعه ولاتَعُدْ فى صدقتك فان العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه" .

وان كان ابن حجر[3] قد رجح أن حمل عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الفرس انما هو حمل تمليك لاحمل تحبيس مستدلا بقوله العائد فى هبته ولو كان حبسا لقال فى حبسه أو وقفه .

لكن الذى يقوى عندي أنه حمل تحبيس قال ابن قاضى الجبل[4] : " وهو الظاهر من الحمل فى سبيل الله بل قد يكون هو المتبادر من السبيل خصوصا . وقد سماه صدقة فى قوله : ولاتعد فى صدقتك ،ولفظ الصدقة من ألفاظ الوقف . كما فى حديث عمر فى الوقف فتصدق بها عمر ... وعلى هذا فالتمسك بذكر الهبة لمشابهة ارتجاع الوقف للهبة لما فى ذلك من الارتجاع فى العين بعد خروجها ولهذا كُرِهَ أو حُرِّمَ شراء الصدقة من المُتَصَدَّق عليه بها/لأن فى ذلك عودا فيما يُخْرَجُ لله وسواء كان ذلك شُرِيَ بثمن أو ارتجاعا بغير ثمن " .

واذا ثبت ذلك صار هذا الحديث دليلا يُقَوِّي ماذهب اليه الحنابلة من أن الوقف اذا تعطلت منافعه جاز بيعه واستبداله بثمنه وهو الذى ترجح لدى ظهوره ،والله أعلم .

---

(١) (١٨/٤) كتاب الجهاد والسير باب (١٣٧) .
(٢) (١٢٣٩/٣) كتاب الهبات باب (١) .
(٣) فتح الباري (٤٩/١١) .
(٤) المناقلة بالأوقاف (ص ٥٠) .

المسألة الثانية : فى تلف العقار الموقوف غير المسجد .

اذا خَرِبَ العقار الموقوف غير المسجد وتعطلت منافعه فقد اختلفت أنظار الفقهاء فى جواز بيعه واستبداله حتى فى المذهب الواحد من أجل هذا سوف نعرض رأى كل مذهب على حده لنتعرف على الأقوال فيه :

أولا : مذهب الحنفية .

يرى الحنفية (١) أن الوقف اذا خرب وصار بحيث لاينتفع به بالكلية بأن لايحصل منه شئ أصلا أو لايفى بمؤنته فيجوز بيعه على الأصح اذا كان باذن القاضى ورأى المصلحة فيه ويُشْتَرَىٰ بثمنه وقفا يكون مكانه .

وخالف فى ذلك محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة فقال يعود الملك الى الواقف وقد حَرَّر ابن الهمام قول محمد هذا بكلام طويل (٢) اختصره ابن عابدين بقوله (٣) : " انه يتفرع على الخلاف المذكور ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة مايُعْمَرُ به فيرجع الى البانى أو ورثته عند محمد خلافا لأبى يوسف . لكن عند محمد انما يعود الى ملكه ماخرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية كحانوت احترق ولايستأجر بشئ ورباط وحوض محلة خربت وليس له مايعمر به ،وأما ماكان مُعَدًّا للغلة فلا يعود الى الملك الا نقضه وتبقى مساحته وقفا تؤجر ولو بشئ قليل بخلاف الرباط ونحوه فانه موقوف للسكن وامتنعت بانهدامه ،أما دار الغلة فانها قد تَخْرَبُ وتصير كَوْمًا وهى بحيث لو نقل نقضها يُسْتَأْجر أرضها من يبنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لايَرْجِعُ اليه منها الا نقضها" .

قال ابن الهمام : " وفى الفتاوى الظهيرية سئل الحلوانى عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى بيعها ويشترى بثمنها أخرى ؟ قال نعم . وروى هشام عن محمد أنه قال : اذا صار الوقف بحيث

---

(١) حاشية رد المحتار (٣٨٤/٤)،شرح فتح القدير (٢٣٧/٦)،أحكام الوقف للخصاف (ص ٢٢)،فتاوى قاضيخان (٣١٤/٣) .
(٢) شرح فتح القدير (٢٣٧/٦ – ٢٣٨) .
(٣) حاشية رد المحتار (٣٥٨/٤) .

لاينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ،وعلى هذا فينبغى أن لايفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لاينتفع به يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول "(١) .

والحاصل أن الحنفية وان أجازوا بيع الوقف واستبداله اذا شرطه الواقف لنفسه، أو لغيره، أو لنفسه وغيره، على الصحيح كما يقول ابن عابدين(٢)، وهذا منهم توسع فى أمر بيع الوقف واستبداله، الا أنهم لم يجيزوا ذلك اذا لم يشترطه الواقف الا فى حدود ضيقة جدا وهو ما اذا لم يكن فيه نفع بالكلية كما أسلفنا أما اذا كان فيه نفع ولكن بدله خير منه ريعا ونفعا فقد قال ابن عابدين : "وهذا لايجوز استبداله على الأصح المختار"(٣) .

وجاء فى الفتاوى الخانية(٤) : "وقف صحيح على أقوام مسمين خرب ولاينتفع به وهو بعيد من القرية لايرغب أحد فى عمارته ولايستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه ،وان كان أصله يستأجر بشىء قليل يبقى أصله وقفا" .

ويرجع تشدد الحنفية فى أمر استبدال الوقف وعدم تجويز ذلك حتى لو خرب الوقف مادام ينتفع به ولو كان لنفع قليلا الى المحافظة على أصل الوقف حيث لو قيل بجواز ذلك لكان ذريعة الى أكل أوقاف المسلمين وتضييعها من قبل الولاة جاء فى حاشية رد المحتار(٥) : "أن يرغب انسان فيه ببدل أكثر غلة وأحسن صقعا فيجوز على قول أبى يوسف وعليه الفتوى كما فى فتاوى قارىء الهداية . قال صاحب النهر فى كتابه اجابة السائل قول قارىء الهداية ،والعمل على قول أبى يوسف معارض مما قاله صدر الشريعة

---

(١) شرح فتح القدير (٦/٢٣٧) .

(٢) حاشية رد المحتار (٤/٣٨٤)،وراجع شرح فتح القدير (٦/٢٢٧ - ٢٢٨) ، الاسعاف فى أحكام الأوقاف (ص ٣٢) .

(٣) رد المحتار (٤/٣٨٤) .

(٤) (٣/٣١٤) .

(٥) (٤/٣٨٨) .

نحن لانفتي به . وقد شاهدنا في الاستبدال مالايعد ويحصى فان ظلمة القضاة جعلوه حيلة لابطال أوقاف المسلمين وعلى تقديره فقد قال في الاسعاف (١) : المراد بالقاضي : هو قاضي الجَنّة المفسر بذي العلم والعمل . اهـ ولعمري إنّ هذا أعز من الكبريت الأحمر وماأراه الا لفظا يذكر فالأولى فيه السّد خوفا من مجاوزة الحدّ والله سائل كل انسان " .

قال ابن الهمام (٢) : "والحاصل أن الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال .. أولاعن شرطه . فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لايختَلَف فيه ... وان كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ماهو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي أن لايجوز لأن الواجب ابقاء الوقف على ماكان عليه دون زيادة أخرى . ولأنه لاموجب لتجويزه لأن الموجب في الأول الشرط وفي الثاني الضرورة ولاضرورة في هذا اذ لاتجب الزيادة فيه بل نبقيه كما كان " .

قال العلامة البيري (٣) بعد نقله لقول ابن الهمام هذا :" ماقاله هذا المحقق هو الحق الصواب " .

فالذي ظهر لي من اطلاعي على كتب الحنفية وانعام النظر في نصوصهم اختلاف الفتوى عندهم في مثل هذا الموضوع من زمن الى زمن آخر احتياطا للوقف وأهله .

فهذا صاحب الاسعاف يزيد شروط استبدال الوقف الخرب والتي قد نصّ علماء الحنفية عليها (٤) وهي خروج الوقف عن الانتفاع به بالكلية وأن لايكون هناك ريع للوقف يعمر به وأن لايكون البيع بغبن فاحش فزاد شرطا يناسب الزمان الذي يعيش فيه وهو أن يكون المستبدل قاضي الجنه المفسر بذي

---

(١) (ص ٣٢) ونصه : " وأما اذا لم يشترطه فقد أشار في السِّيَر الى أنه لايملكه الا القاضي اذا رأى المصلحة في ذلك ويجب أن يخص برأي أول القضاة الثلاثة المشار اليه بقوله عليه الصلاة والسلام قاضي في الجنة وقاضيان في النار المفسر بذي العلم والعمل لئلا يحصل التطرق الى ابطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب في زماننا " .

(٢) شرح فتح القدير (٢٢٨/٦) .

(٣) نقلا عن حاشية رد المحتار (٣٨٨/٤) .

(٤) البحر الرائق (٢٤٠/٥ - ٢٤١) .

العلم والعمل وعلل ذلك فقال لئلا يحصل التطرق الى ابطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا (١) .

ثم جاء ابن نجيم (٢) فقال : "ويجب أن يزاد آخر فى زماننا : وهو أن يستبدل بعقار لابدراهم و دنانير فانا قد شاهدنا النظار يأكلونها وقل أن يشترى بها بدلا ولم نر أحدا من القضاة يفتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا" .

مع أن المنقول فى المذهب جوازه بالدراهم (٣) وقد أشار الى ذلك ابن نجيم (٤) ونص على أن صريح كلام قاضيخان جوازه بالدراهم . قال ابن عابدين : " والجواب أن صاحب البحر لم ينكر كون المنقول فى المذهب ماقاله قاضيخان ولكن مراده أن هذا المنقول كان فى زمنهم ... ويدل على أن مراده هذا قوله فيما سبق: ويجب أن يزاد آخر فى زماننا الخ ولاشك أن هذا هو الاحتياط ولاسيما اذا كان المستبدل من قضاة هذا الزمن وناظر الوقف غير مؤتمن (٥) " .

ونقل ابن عابدين عن قارئ الهداية قوله : " وان كان للوقف ريع ولكن يَرْغَبُ شخص فى استبداله ان أعطى مكانه بدلا أكثر ريعا منه فى صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند أبى يوسف والعمل عليه والا فلا " .

قال ابن عابدين : " قلت لايخفى أن قوله : ان أعطى مكانه بدلا ..الخ يدل على نفى الجواز بدون العقار . بل صرح به فى قوله : والا فلا ...... الى أن قال وأن ماقاله قارئ الهداية مبنى على تغير الزمان (٦) " .

فهذا مما يؤيد تغير الفتوى فى هذا الموضوع بتغير الزمان فى المذهب الحنفى حيث أن المذهب ماقاله قاضيخان أنه يجوز بيعه بالدراهم ثم قالوا: هذا فى زمنه. فلما فسد الزمان قالوا لايجوز ابداله الا بعقار

---

(١) الاسعاف فى أحكام الوقف (ص ٣٢) .
(٢) البحر الرائق (٢٤١/٥) .
(٣) رد المحتار (٣٨٧/٤) .
(٤) البحر الرائق (٢٤١/٥) .
(٥) رد المحتار (٣٨٧/٤) .
(٦) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

مثله محافظة على الوقف كما نُقِلَ عن قارى الهداية وتابعه على ذلك ابن نجيم . والله أعلم .

ثانيا : مذهب المالكية .

لاخلاف بين فقهاء المالكية فى أن العقار الخرب المقطوع المنفعة المرجو عود منفعته لايجوز بيعه [2]، لكن الخلاف وقع بينهم فى العقار الخرب المقطوع المنفعة الميئوس من عود منفعته فعندهم فى ذلك قولان :

القول الأول :

المنع من بيعها [3] وهو قول المدونة وهو المشهور وسواء خَرِبَ أو كان قائما ولكن تحول عنه العمران نقل الحطاب عن الرَّجْرَاجِي [4] قوله : " وأما بيعها لغير حاجة ولادعت الضرورة الى ذلك فالبيع فى ذلك ممنوع قولا واحدا فى المذهب سواء خرب أو كان قائما كان فى موضع العمران أو تحولت عنه العمران " .

قال الحطاب : [5] "وتقدم فى كلام ابن عرفة أنه المعروف من المذهب وفى كلام ابن رشد أنه مذهب المدونة وفى كلام اللخمى أنه المختار عنده وعليه اقتصر الشيخ خليل فى مختصره فقال لاعقار وان خرب وابن الحاجب قَبْلَهُ وتبعه الشيخ بُهْرَام فى شامله" .

وقال القاضى عبد الوهاب فى المعونة [6] :"والمُحَبَّس حبسا محرما لايجوز بيعه اذا خرب ولا الاستبدال به بوجه لأن فى بيعه ابطال شرط الواقف

---

(١) رد المحتار (٣٨٧/٤) .

(٢) رسالة بيع الوقف اذا خرب ومالأهل المذهب فى ذلك للحطاب (ص ١٤) .

(٣) المدونة (١٠٠/٦)، التاج والاكليل (٤١/٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣١٦/٢)، الشرح الكبير (٩٠/٤ - ٩١)، البهجة شرح التحفة (٢٣٨/٢)، وراجع رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٥ - ١٢) .

(٤) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٢) .

(٥) المصدر السابق (ص ١١) .

(٦) نقلا عن رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١١) .

وخللا لما عقد وذلك غير جائز اعتبارا به اذا لم يخرب ولأن العمارة تنتقل من مكان الى مكان فلم يكن فى تبقيته اتلاف له لجواز عود العمارة اليه ولأن فى بيعه ابطال حق من جعل له حق فيه بعد هذا البطن ولاسبيل الى ذلك " .

وجاء فى المدونة [(١)] : "قال سحنون : .... وهذه جُلّ الأحباس قد خربت فلاشىء أدل على سنتها منها ألاترى أنه لو كان البيع يجوز فيها لما أغفله من مضى ولكن بقاؤه خرابا دليل على أن بيعه غير مستقيم وبحسبك حجة فى أمر قد كان متقادما بأن تأخذ منه ماجرى منه . فالأحباس قديمة ولم تَزَلْ ،وجُلّ مايوجد منها بالذى به لم يَزَلْ يُجْرَىٰ عليه فهو دليلها فبقاء هذه خرابا دليل على أن البيع فيها غير مستقيم لأنه لو استقام لما أخطأ من مضى من صدر هذه الأمة وماجهله من لم يعمل به حتى تركت خرابا" .

القول الثانى :

جواز بيعها ويجعل ثمنها فى مثلها قال الحطاب [(٢)] : "وهو ماروا ه عنه أبو الفرج فى حاويه وقال به جماعة من المتأخرين ورجحه ابن عرفة كما تقدم فى نقل البرزلى عنه وبه وقعت الفتوى والحكم وقال أبو سعيد بن لب انه الصحيح من القولين ،وقال يحيى بن خلف انه الصواب ان شاء الله وظاهر كلامهم سواء كان ذلك فى العمران أو بعيدا منها" .

وقال ابن عبد البر [(٣)] : "وقد رُوِي عن ربيعة أنه يجوز بيع ماخرب ولم تُرْجَ عمارته من العقار المُحَبَّس على أن يجعل ثمنه فى مثله وليس عليه العمل . وقد قال مثله عبد الملك فيما يئِسَ من عمارته ولاينتفع به

---

(١) (١٠٠/٦) .

(٢) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٤)،وراجع البهجة شرح التحفة (٢٣٨/٢).

(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣١٦/٢)،وراجع قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢) .

أن يجعل ثمنه فى مثله وقال بقول ربيعة فى جواز بيع الأحباس طائفة من المالكيين " .

قال الحطاب[1] : "فهذه نصوص مالك فى جميع كتبه صريحة بمنع البيع الا ما استثنى من بيع ذلك لتوسعة المساجد والطرق . ومانقل عن ربيعة لايعارض ذلك لأن القصد نقل مالمالك أو لأصحابه من الخلاف وربيعة المذكور تابعى مجتهد وهو ربيعة بن عبدالرحمن من شيوخ مالك من التابعين ممن روى عنه مالك وروى عن مالك ومات قبل مالك بثلاث وأربعين سنة" .

هذان هما القولان فى مذهب المالكية وكل قول له من يختاره ويرجحه كما رأينا ولعل مبنى ذلك البحث عن الأصلح للوقف وأهله فمن منع البيع أرادبمنعه حسم مادة الفساد وسد الذريعة الى ابطال أوقاف المسلمين وقد نصوا على ذلك فقال اللخمى : " والذى أخذته فى الرباع المنع لئلا يتذرع الناس الى بيع الأحباس"[2] .

ونقل الحطاب عن الجزولي قوله : " أن تكون دار محبسة ثم خربت فانها تباع ممن يملكها ويشترى بثمنها آخرى فيصير الحبس ملكا والملك حبسا واختلف فيه على قولين : مالك يمنعه ،وربيعة وابن القاسم يجيزان بيعه . ووجه قول مالك سدا للذريعة وحسما للباب"[3] .

وجاء فى الفواكه الدوانى[4] : "ولعل وجه كلامه رضى الله عنه لِمَا يلزم عليه من التطرق الى بيع الأوقاف بدعوى الخراب والامام بنى مذهبه على سد الذرائع " .

وأما من أجاز البيع فَقَصَدَ أيضا تحقيق المصلحة نقل الحطاب[5] عن القاضى عبدالوهاب قوله : " لأن الواقف انما أراد وصول الانتفاع الى الموقوف عليهم من جهة هذا الوقف فاذا لم يكن من جهته منفعة وجب

---

(١) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٨) .

(٢) المصدر السابق (ص ٥) .

(٣) المصدر السابق (ص ١٦) .

(٤) (٢/٢٣٠) .

(٥) رسالة بيع الوقف الخرب (ص ١٥) .

أن تنتقل الى منفعة مايقوم مقامه والاكان فى ذلك ابطال شرطه" .

هذه أقوال المالكية بالنسبة لبيع الوقف الخرب بالدراهم أما اذا دفع العقار الخرب بعينه من غير بيع فى عقار ملك صحيح يكون حبسا بدله ويعبر بعضهم عن ذلك بالمناقلة وبعضهم بالمعاوضة وبعضهم بالاستبدال كما أشار الى ذلك الحطاب (١) فهل يجوز ذلك أو لا على قولين أيضا ذكرهما الحطاب (٢) فقال :

(الأول) المنع وهو المشهور من المذهب وهو قول ابن شعبان ومذهب ابن أبى زيد وعليه اقتصر القاضى عبدالوهاب وعَبَّرَ عنه بالاستبدال . واقتصر عليه أيضا ابن الحاجب وشَهَرَهُ خليل فى مختصره وغيره (٣) .

(الثانى) الجواز وهو أحد قولى الرسالة واليه أشار الشيخ خليل فى مختصره بـ"لَوْ" حيث قال : " ولو بربع غير خرب" . واستحسنه أبوسعيد بن لب وهو قوله : وان وجد من يناقل به بربع آخر للجنس فهو حسن ان أمكن وأفتى به ابن رشد قال : على ماذكره فى نوازله ونقله عنه البرزلى وابن سلمون وابن عرفة .

وضعف هذا القول النفراوى فقال (٤) : " ولكن قد علمت أن المعتمد المنع فالقول بالجواز ضعيف " .

ثالثا : مذهب الشافعية .

يرى الشافعية (٥) أن الأوقاف غير المسجد اذا خربت لايجوز بيعها بل تُؤَجَّر أرضها لما لايراد دوامه كزرعها أو لما يراد كغرس مع اشتراط القلع

(١) رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٥) .
(٢) المصدر السابق (ص ١٩) .
(٣) راجع فى نصوص من ذكر المصدر السابق (ص ١٧) ومابعدها .
(٤) الفواكه الدوانى (٢٣١/٢) . وراجع الأقوال فى هذه المسألة : قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، التاج والاكليل (٤٢/٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٩١/٤)، شرح أبى الحسن على رسالة بن أبى زيد وحاشية العدوى عليه (٢٤٦/٢)، جواهر الاكليل (٢٠٩/٢) .
(٥) مغنى المحتاج (٣٩١/٢ - ٣٩٢)، روضة الطالبين (٣٦١/٥)، المهذب (٥٨١/١) نهاية المحتاج (٣٩٤/٥) .

عند انتهاء المدة • ثم يعاد غرس الأرض أو بناؤها بأجرتها الحاصلة من اجارتها بعد انقضاء المدة •

حتى انهم قالوا فى الشجرة اذا جفت أو قلعتها الريح أو السيل فانه لاينقطع الوقف فيها على المذهب بل ينتفع بها حال كونها جذعا باجارة وغيرها ادامة للوقف فى عينها • حتى لو لم يمكن الانتفاع بها الا باحراقها فانه لايجوز بيعها ولاهبتها ولاتصير ملكا بحال ،قال الشربينى (١) "قال شيخنا وهو المعتمد الموافق للدليل وكلام الجمهور" •

ويقابل هذا وجها وهو أنها تصير ملكا للموقوف عليه لكنها لاتباع ولاتوهب بل ينتفع بعينها قال الشربينى (٢) : " وصحح هذا ابن الرفعه والقمولى وجرى عليه ابن المقرى فى روضه ونقل أصله عن اختيار المتولى ولكن اقتصار المصنف على ماذكره كالحاوى الصغير يقتضى أنها لاتصير ملكا بحال" •

فالشافعية أغلقوا باب بيع العقار الموقوف ولو فى المذهب عندهم على الأقل وحجتهم فى ذلك الحديث السابق الذى رواه الشيخان عن ابن عمر رضى الله عنهما وفيه : "فتصدق بها عمر أنه لايباع ولايوهب ولايورث ...... الحديث " •

وهذا الحديث وان كان الشرط ظاهره أنه من كلام عمر الا أن هناك روايات أخرى للحديث تفيد أن الشرط مرفوعا الى الرسول صلى الله عليه وسلم قال ابن حجر (٣) : "قال السبكى : اغتبطت بما وقع فى رواية يحيى بن سعيد عن نافع عند البيهقى : "تَصَدَّقْ بِثَمَرِهِ وَحَبِّسْ أصله لايباع ولايورث" وهذا ظاهره أن الشرط من كلام النبى صلى الله عليه وسلم بخلاف بقية الروايات فان الشرط فيها ظاهره أنه من كلام عمر • قلت قد تقدم ......من طريق صخر ابن جويريه عن نافع بلفظ : " فقال النبى صلى الله عليه وسلم تَصَدَّقْ بأصله لايباع ولايوهب ولايورث ولكن ينفق ثمره" وهى أتم الروايات

---

(١) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) •
(٢) المرجع نفسه •
(٣) فتح البارئ (٢٤٣/١١) •

وأصرحها فى المقصود فعزوها الى البخارى أولى "[1] ٠

والذى أراه أنه وان كان الشرط مرفوعا الى الرسول صلى الله عليه وسلم فانه ليس فيه دلالة صريحة على عدم جواز بيع العقار الموقوف بل غاية مايدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أرشد عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى الشروط التى ينبغى أن يكتبها فى وقفه وقد ترجم له البخارى رحمه الله فى كتاب الوصية باب "الوقف كيف يكتب "[2] ٠

ولو سلمنا أن قوله: لايباع. يدل على عدم جواز البيع فهو محمول على البيع المبطل لأصل الوقف، وعدم ابداله بمثله يكون وقفا مكانه، كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى المسألة السابقة من كلام ابن قاضى الجبل ٠ والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال كساه ثوب الاجمال فسقط به الاستدلال ٠

رابعا : مذهب الحنابلة ٠

الصحيح[3] من مذهب الحنابلة أن العقار الموقوف اذا تعطلت منافعه المقصودة منه بخراب أو غيره بحيث لايَرِدُ الوقف شيئا على أهله أو يَرِدُ شيئا لايعد نفعا بالنسبة اليه وتتعذر عمارته وعود نفعه أنه يباع والحالة هذه ويجعل ثمنه في مثله /قال ابن قدامة[4] : " وظاهر كلام الخرقى أن الوقف اذا بيع فأى شىء اشْتُرِيَ بثمنه مما يَرِدُ على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لاالجنس " ٠

وقد ذهب بعض الحنابلة الى أوسع من ذلك فى الحد المبيح لبيع الوقف فقد جاء فى الانصاف[5] : "وقيل أو خيف تعطل نفعه قريبا جزم به فى الرعاية قلت وهو قوى جدا اذا غلب على ظنه ذلك ٠ وقيل أو خيف تعطل أكثر نفعه قريبا. سأله الميمونى يباع اذا عطب أو فسد قال : اى والله

---

(١) أخرجه البخارى بهذا اللفظ (١٩٤/٣) كتاب الوصايا باب (٢٣) ٠

(٢) صحيح الامام البخارى (١٩٦/٣) كتاب الوصية باب (٢٨) ٠

(٣) الانصاف (١٠٣/٧)، كشاف القناع (٣٢٣/٤)، شرح منتهى الارادات (٥١٤/٢) ، الروض الندى (ص ٣٠٢)، غاية المنتهى (٣١٥/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٥٤)، المحرر (٣٧٠/١)، المغنى (٢٨/٦) ٠

(٤) المغنى (٢٩/٦) ٠

(٥) (١٠٣/٧) ٠

يباع اذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص باعوه وردُّوه فى مثله" .

وجاء فى كشاف القناع[1] : "قال فى التلخيص : اذا أشرف جذع الوقف على الانكسار أو داره على الانهدام وعَلِمَ أنه لو أخَّر لخرج عن كونه منتفعا به فانه يباع رعاية للمالية أو ينقض تحصيلا للمصلحة قال الحارثى : وهو كما قال.قال : والمدارس والرُّبط والخانات المُسبَّلة ونحوها جائز بيعها عند خرابها على ماتقدم وجها واحدا" .

ويرى الحنابلة أيضا عدم جواز بيع العقار الموقوف لقلة نفعه وكون غيره أنفع منه الاأن يبلغ فى قلة النفع حدا لايعد نفعا فيكون وجود ذلك كالعدم يقول ابن قدامة[2] : "وان لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلَّت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على أهل الوقف لم يَجُز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وانما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع امكان تحصيله ومع الانتفاع وان قَلَّ مايُضيِّعُ المقصود،اللهم الا أن يبلغ فى قِلَّة النفع الى حد لايُعَدُّ نفعا فيكون وجود ذلك كالعدم" .

وحجتهم فى ذلك ماقالوه فى جواز بيع المسجد اذا خرب وقد ذكرناها هناك فأغنى عن ذكرها هنا .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من أن الوقف المتعطل الذى لايمكن عمارته يجوز أن يباع ويُستبدل به وقف آخر يكون مكانه وان كان هذا القول قد يُوقع فى محذور حاول بعض فقهاء المالكية والشافعية على الخصوص تلافيه باغلاق باب بيع الأوقاف والمناقلة بها الا فى حدود ضيقة جدا وهذا المحذور هو تَسلُّط بعض الولاة الظلمة وقضاة الجور والنُّظار الذين لايخافون الله على الأوقاف وبيعها

---

(١) (٣٢٤/٤) .

(٢) المغنى (٢٩/٦ - ٣٠) .

وأكل أثمانها، أو نقلها من مكانها الى مكان آخر، مع أن المكان الأول أكثر غلّة وأحسن صقعا بقصد الاستيلاء على هذا المكان واستغلاله لأنفسهم وماهذا الا لضعف الوازع الدينى وخلو القلب من خوف الله ولاريب أن هذا موجود فى عصرنا هذا على أوسع نطاق كيف لا وهو عصر المَادّيّة والتكاثر فى الأموال واذا كان هذا موجودا فى العصور المتقدمة وهى عصور الفقهاء الذين نطقوا بتلك الأحكام وبعض تلك العصور من العصور الثلاثة المفضلة فلاريب أنه موجود فى عصرنا هذا بل بصورة أكبر فقد روى البخارى فى صحيحه (١) عن الزبير بن عدى قال أتينا أنس بن مالك فشكونا اليه مانلقى من الحَجّاجَ فقال اصبروا فانه لايأتى عليكم زمان الا الذى بَعْدَهُ شر منه حتى تلقوا ربكم سمعته من نبيكم صلى الله عليه وسلم " .

وماروا‌ه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتى على الناس زمان لايبالى المرء مأخَذَ منه أمن الحلال أم من الحرام" (٢) ورواه النسائى بلفظ : "يأتى على الناس زمان مايبالى الرجل من أين أصاب المال من حلال أو حرام" (٣) .

نعم هذا محذور عظيم يجعل من يريد الترجيح فى هذه المسألة حيران لكنه اذا نظر من ناحية أخرى فان الرسول صلى الله عليه وسلم "نهى عن اضاعة المال" وبقاؤها خربة لايستفاد منها بشئ ضياع مال لاتقتصر مضرته على الوقف وأهله بل تتعداه الى اقتصاد الدولة الاسلامية لأن الزراعة والبناء يعدان من الموارد الاقتصادية المهمة فى الدولة فاذا تعطلت الأراضى الزراعية وبقيت معطلة وخربت المبانى ولم تعمر كان ذلك ضررا على المسلمين فى اقتصاد بلادهم لاسيما وأن بلاد المسلمين تغص بالأوقاف فيلزم اذاً تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام والله رقيب على كل انسان وهو يعلم المفسد من المصلح ويجازى كلاً بقدر عمله

---

(١) صحيح الامام البخارى (٩٨/٨) كتاب الفتن باب (٦) .

(٢) البخارى (٦/٣) كتاب البيوع باب (٧) .

(٣) سنن النسائى (٢٤٣/٧) كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات فى الكسب .

واننى أرى أن بقاءها خرابا لايستفاد منها أدعى الى الاستيلاء عليها وتحويلها من أوقاف الى أملاك وخصوصا مع تطاول السنين فالمحذور لايزال قائما ان قلنا بالبيع والاستبدال أو لم نقل به . ومما يؤيد اختيارى حجة الحنابلة من المنقول والمعقول فهى قوية فى نظرى لايقاومها مجرد احتمال وان كان كثير الوقوع فالقول بالجواز مع فرض الشروط كما ذهب الى ذلك بعض الحنفية عند فساد الزمان أولى من المنع مطلقا .

هذا اذا خرب الوقف وتعطلت منافعه بالكلية أما اذا خرب بعضه وكان فى باقيه نفع الا أن غيره أنفع منه فحيث أن تقدير مثل ذلك لاينضبط وليس له مقياس محدد وقد تدخله الأهواء وخصوصا فى مثل هذا الزمن فاننى أرى منع بيعه خوفا من مجاوزة الحد وهو ماذهب اليه جمهور الفقهاء رحمهم الله .

وقد وقفت على عمل أحد القضاة بالمحكمة الشرعية بمكة المكرمة اذا اقْتَضَىٰ الأمر نقل الوقف وهو عمل حَسَنٌ فى نظرى فقد قال : " فاذا اقْتَضَى الأمر نقل وقف فليس لناظر الوقف الخاص أن يجرى معاملة النقل الا بعد استئذان القاضى الشرعى فى البلد التى فيها الوقف واثبات المسوغات الشرعية التى تجيز نقله على أن يجعل ثمنه فى مثله فى الحال والذى كنت أعمل به فى مدة قضائى بمكة المكرمة ... أنه اذا ثبت المسوغ للنقل وانتهت الرغبة فى ثمن الوقف بعد أن أعلن عنه ثلاث مرات ،واذا ثبت أن فى شراء البدل حَظّاً وغبطة وثبتت ملكية بائع البدل وأن قيمة البدل فيها حَظّ وغبطة أجريت معاملة البيع والشراء فى آن واحد لأنه اذا أُودع ثمن الوقف ربما تزيد أقيام العقارات أو يُصَاب الثمن بشىء من الآفات قبل أن يشترى به البدل "[1] .

---

(١) مقدمة كتاب المناقلة بالأوقاف للشيخ عبدالله بن عمر بن دهيش (ص ٧) .

المسألة الثالثة : فى تلف الموقوف غير العقار (المنقول) .

الفقهاء رحمهم الله وان تشددوا فى أمر بيع العقار الموقوف واستبداله والمناقلة به كما مر معنا فى المسألتين السابقتين الا أنهم بالنسبة الى المنقول الموقوف كانوا أكثر مرونة . وخصوصا من أغلق باب البيع والاستبدال فى العقار من فقهاء المالكية والشافعية وان كان قد خالف من علمائهم من خالف فقالوا بعدم جواز بيع المنقول كالعقار الا أن المعتمد فى المذهب خلاف هذا القول كما سنشير الى ذلك ان شاء الله .

وقد بحث الفقهاء رحمهم الله هذه المسألة ومثلوا للموقوف المنقول بالحيوان كالفرس وبغيره كالسَّرْجِ واللِّجَامِ وحُصُرِ المسجد وقناديله وكتب العلم والثياب ونحو ذلك .

فعند الحنفية يجوز بيع المنقول اذا استغنى عنه أو تلف من باب أولى الا أن محمد بن الحسن جرى على رأيه بالنسبة للوقف اذا اسْتُغْنِيَ عنه فقال انه يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته وخالف أبو يوسف فى ذلك قال ابن الهمام (١) : "أما الحصير والقنديل فالصحيح فى مذهب أبى يوسف أنه لايعود الى ملك متخذه بل يُحَوَّلُ الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ... وفى الخلاصة : قال محمد فى الفرس اذا جعله حبيسا فى سبيل الله فصار بحيث لايُسْتَطَاعُ أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما فى المسجد وان لم يُعْلَمْ صاحبه يشترى بثمنه فرسا آخر يغزى عليه" .

وجاء فى الاسعاف (٢) : "ولو ضَعُفَ بعضهم عن العمل يجوز للقيم بيعه وشراء غلام بدله ،وكذلك الدواليب والآلات يبيعها ويشترى بثمنها ماهو أصلح للوقف" .

وأما مذهب المالكية فقد عَرَضَهُ ابن القاسم فى معرض جوابه على سؤال سحنون (٣) : " قلت : أرأيت ماضعف من الدواب المحبسه فى سبيل الله

---

(١) شرح فتح القدير (٢٣٧/٦) .

(٢) الاسعاف فى أحكام الأوقاف (ص ٢٠) وراجع رد المحتار (٣٦٢/٤) .

(٣) المدونة (٩٩/٦)،وراجع فى ذلك قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)،التاج والاكليل (٤١/٦)، الشرح الكبير (٩٠/٤)، الفواكه الدوانى (٢٣٠/٢-٢٣١)، جواهر الاكليل (٢٠٩/٢)،رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٠)، المنتقى (١٣١/٦) .

أو بلى من الثياب كيف يصنع بها فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : أما ماضعف من الدواب حتى لايكون فيه قوة للغزو فانه يباع ويشترى بثمنه غيره من الخيل فيجعل فى سبيل الله ،قال ابن القاسم فان لم يَمْكُنْ فى ثمنه مايشترى به فرس أو هجين أو برذون رأيت أن يعان به فى ثمن فرس . والثياب ان لم تكن فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها وان لم يكن فى ثمنها مايشترى به شئ ينتفع به فُرِّقَ فى سبيل الله قال ابن وهب : سمعت مالكا يقول فى الفرس المُحَبَّس فى سبيل الله اذا كَلِبَ وخبث أنه لابأس أن يباع ويشترى فرس مكانه " .

وقد نَبَّه الدردير (١) على مراد قول المالكية اذا كان لاينتفع به فقال ان مرادهم أن لاينتفع به فى الغرض الذى حُبِّسَ من أجله مع كونه منتفعا به فى غرض آخر والا لم يَصِحَّ بيعه اذ شرط المبيع أن يكون منتفعا به .

وقد عللوا قولهم بجواز بيع المنقول وعدم جواز بيع العقار بقولهم : " والفرق أن الرَّبْعَ الحُبُس لايباع وان خشى عليه الخراب بخلاف مابَلِيَ من الثياب وضعف من الدواب والفرق أن الرَّبْعَ وان خرب فلاتذهب البقعة ويمكن أن يعاد الى حاله وكذلك هذه النخل وان غلبت عليها الرمال بكثرة الرياح أو المياه يمكن أن يذهب عنها بمثل ذلك أو بما سواه فتعود الى حالها " (٢) .

وقد قال بعض المالكية (٣) ومنهم ابن الماجشون أن ماجعل فى سبيل الله من العبيد والثياب لاتباع سبيلها فى ذلك سبيل الرَّبْع المُحَبَّس ولو بيعت لبيع الرَّبْعُ المُحَبَّس . لكن المذهب على خلاف ذلك .

وأما مذهب الشافعية فقد حكاه النووى بقوله (٤) : "والأصح جواز

---

(١) الشرح الكبير (٩٠/٤) .

(٢) انظر رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٠ - ١١)،وراجع المنتقى (١٣١/٦).

(٣) المدونة (١٠٠/٦)،قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)،رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ١٠)، المنتقى (١٣١/٦) .

(٤) المنهاج مع مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) . وراجع روضة الطالبين (٣٥٧/٥) .

بيع حصر المسجد اذا بليت وجذوعه اذا انكسرت ولم تصلح الا للاحراق " .

قال الشربينى (١) : "لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود الى الوقف أولى من ضياعها" . قال:"وهذا ماجرى عليه الشيخان وهو المعتمد" .

وقد عللوا قولهم بجواز بيع المنقول اذا تلف أو أشرف على التلف وعدم جواز بيع العقار بأن المنقول اذا تلف صار فى حكم المعدوم (٢) .

واذا بيعت عند الشافعية صرف ثمنها فى مصالح المسجد (٣) قال الرافعى (٤) : "والقياس أن يشترى بثمن الحصير حصير ولايصرف فى مصلحة أخرى ويشبه أن يكون هو المراد باطلاقهم" . قال الشربينى (٥) : " وهو ظاهر ان أمكن " .

وذهب جمع من متأخرى الشافعية (٦) الى أنه لايباع ماذكر ادامة للوقف فى عينه كالعقار وقد أغربوا فى تعليلهم فقد نقل الشربينى (٧) ذلك فقال : " ولأنه يمكن الانتفاع به فى طبخ جِصّ أو آجر . قال السبكى : وقد تقوم قطعة من الجذوع مقام آجرة وقد تقوم النُّحَاتَة مقام التراب ويختلط به قال الأذرعى : ولعله أراد مقام التبن الذى يستعمل فى الطين " .

وقد أجاب أصحاب القول الأول عن ذلك بأنه لانظر لامكان الانتفاع فى هذه الأمور لأن ذلك نادر لندرة اصطناع هذه الأشياء لبعض المساجد فضلا عن جميعها (٨) .

وعند الحنابلة (٩) يجوز أيضا بيع الوقف المنقول المتعطل فقد جاء فى

---

(١) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢)،وراجع نهاية المحتاج (٣٩٥/٥) .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢)،روضة الطالبين (٣٥٧/٥)،نهاية المحتاج(٣٩٥/٥).

(٤) روضة الطالبين (٣٥٧/٥) .

(٥) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

(٦) نهاية المحتاج (٣٩٥/٥)،مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

(٧) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

(٨) مغنى المحتاج (٣٩٢/٢) .

(٩) كشاف القناع (٢٧١/٤،٣٢٤)،شرح منتهى الارادات (٥١٤/٢،٥١٥)، الانصاف (١٠٥/٧)، المغنى (٢٨/٦ - ٢٩،٣١)،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٢٦/٣١).

كشاف القناع[1] : "ويجوز اختصار آنية موقوفة متعطلة الى أصغر منها وانفاق الفضل على الاصلاح محافظة على بقاء عين الوقف فان تعذر اختصارها بيعت وصرف ثمنها فى آنية مثلها رعاية للنفع الذى لأجله وقفت" .

وجاء فى المغنى[2] : "قال أحمد فيمن وَصَّىٰ بفرس وسَرْجٍ ولِجَامٍ مُفَضَّضٍ يوقف فى سبيل الله فهو على ماوَقَفَ وَوَصَّىٰ وإِنْ بِيْعَ الفضة من السَّرْج واللِّجَامِ وجعل فى وقف مثله فهو أَحَبُّ الي لأن الفضة لاينتفع بها ولعله يُشْتَرِي بتلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين . فقيل له تباع الفضة وتجعل فى نفقته ؟ قال لا . فأباح أن يُشْتَرَى بِفضَّةِ السَّرْجِ واللَّجام سَرْجاً ولجاماً، لأنه صَرْفٌ لهما فى جنس ماكانت عليه حين لم يُنْتَفَعْ بهما فأشبه الفرسَ الحَبِيْسَ اذا عطب فلم يُنْتَفَعْ به فى الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه فى مثله" .

---

(١) (٣٢٥/٤) .
(٢) (٣٥/٦) .

المطلب الثانى : فى تلف الأوقاف بسبب مضمون

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : فى اتلاف الوقف عدوانا .

اذا عمد شخص الى العين الموقوفة فأتلفها مثل أن يهدم الدار أو يقتل الحيوان أو يُمزّق الكتب ونحو ذلك فهذا لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) فى أنه يلزمه الضمان قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله : "الوقف الذى أتلفه متلف فانه يؤخذ منه عِوَضُهُ يُشْتَرَى به مايقوم مقامه فان الوقف مضمون باتفاق الفقهاء"(٥) .

هذا فى العامد أما المخطئ فهو كذلك عند جميع الفقهاء أيضا لأن العمد والخطأ فى الأموال بالنسبة للضمان سواء لأنه من خطاب الوضع(٦) كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى الباب الأول .

بل قد نص المالكية على ذلك فقد جاء فى حاشية الدسوقى تعليقا على قول الدردير "تعديا" : " مفهوم قوله تعديا أنه لو هدم خطأ فعليه قيمته"(٧) .

أما اذا تلف الموقوف بالاستعمال المأذون فيه دون تعد أو تفريط

---

(١) الدر المختار مع حاشية رد المحتار عليه (٤٠٨/٤ - ٤٠٩)،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٧٥٢/١)، الاسعاف (ص ٦٢ - ٦٣) .

(٢) التاج والاكليل (٤١/٦ - ٤٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٩٢/٤)، الشرح الصغير (٣٠٧/٢)،جواهر الاكليل (٢٠٩/٢)،منح الجليل (٧١/٤) .

(٣) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٣٩١/٢)،روضة الطالبين (٣٦١/٥)،نهاية المحتاج (٣٩٢/٥) .

(٤) كشاف القناع (٢٨٥/٤)، الانصاف (٤٠/٧)، المحرر (٣٧٠/١)، المغنى(٣٢/٦).

(٥) مجموع الفتاوى (٢٦٥/٣١).

(٦) راجع فى ذلك جواهر الاكليل (١٤٦/٢)، الفواكه الدوانى (٢٣٨/٢) .

(٧) حاشية الدسوقى (٩٢/٤) .

من مستعمله فقد نص الشافعية (١) والحنابلة (٢) على أنه لاضمان عليه ومثلوا لذلك بالكيزان المُسَبَّلَة على أحواض الماء وكذا الكتب الموقوفة على طلبة العلم فقالوا لاضمان على من تَلِفَ في يده شيء منها بلا تعدٍّ وان تعدى ضمن ومن التعدى استعماله في غير ماوقف له .

واذا لزم المتلف الضمان فهل يضمن بالقيمة أو بالمثل ؟

لاخلاف بين الفقهاء في أن الموقوف اذا أُتْلِفَ وكان مثليا أن ضمانه على متلفه بالمثل . أما اذا كان قيميا كما هو الحال في غالب الأوقاف فان ضمانه على متلفه يكون بالقيمة الاقولا لبعض المالكية منهم ابن شاس وابن الحاجب وهو ظاهر قول خليل في مختصره ولكن هذا القول خلاف الراجح المشهور في مذهب المالكية . فهؤلاء قد ذهبوا الى أن الوقف يُضْمَنُ بمثله ولو كان قيميا لأن أخذ قيمته كبيعه وهذا لايجوز ،يقول الدردير (٣) عند قول خليل : " ومن هدم وقفا فعليه اعادته ...." يقول : "والراجح أنه عليه قيمته كسائر المتلفات ،والنقض باق على الوقفية فيُقَوَّمُ قائما ومهدوما ويؤخذ مازاد على المنقوض ولايلزم من أخذ القيمة جواز بيعه لأنه أمر جَرَّ اليه الحكم كاتلاف جلد الأضحية" .

وجاء في منح الجليل (٤) : "كذا لابن شاس وابن الحاجب وقَبِلَهُ ابن عبد السلام وابن هارون وقال ابن عرفه : قَبُولُهُمَا اياه يوهم أنه كل المذهب أو مشهوره ولم أعرفه . بل ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة

---

(١) نهاية المحتاج وحاشية المغربي الرشيدى عليه (٣٩٢/٥) وقد علق على ماجاء في نهاية المحتاج من قوله : " اذا أتلف من واقف أوأجنبي وكذا موقوف عليه تعدى ....الخ قال المغربي الرشيدى : " قوله :وكذا موقوف عليه تعدى" قضية هذا الصنيع أن الواقف والأجنبي ضامنان مطلقا وظاهر أنه لاضمان عليهما اذا أتلفاه بغير تعد كان استعملاه فيما وقف له باجارة مثلا فلو أسقط لفظ "كذا" لرجع القيد للجميع فليتأمل" . وراجع مغني المحتاج (٣٩١/٢) ،روضة الطالبين (٣٦١/٥).

(٢) الانصاف (١١٣/٦)، الاقناع وشرحه كشاف القناع (٧٧/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٩٢/٤) .

(٤) (٧١/٤) .

مطلقا • وقد قال القاضى عياض فى حديث جريج : من هدم حائطا : فمشهور مذهب مالك وأصحابه رضى الله تعالى عنهم أنه فيه وفى سائر المتلفات القيمة " •

وجاء فى حاشية الدسوقى(١) : " قوله والراجح • أى وهو الذى ارتضاه ابن عرفة وشهّره عياض وهو ظاهر المدونة " •

بناء على ذلك :

قال الفقهاء متى قضى بالقيمة جعلت فى وقف مثله يكون بدلا عنه فان لم تف القيمة بوقف مثله اشترى بها شقصا من مثله مراعاة لغرض الواقف من استمرار الثواب ولأنه أقرب الى مقصود الوقف •

---

(١) (٤/٩٢) •

المسألة الثانية : هدم الأوقاف للمصلحة .

الأوقاف قد تكون عامرة ولكن المصلحة العامة تتطلب هدمها إمّا لتجديدها لتواكب التطور العمراني وتفي بمتطلبات الحياة المعاصرة أو لتوسعة طريق أو سوق أو مسجد ضاق بالمصلين ورأى ولي الأمر أنّ في ذلك مصلحة وقد رأينا في المطلب السابق مدى تشدد الفقهاء في أمر بيع الأوقاف واستبدالها والمناقلة بها اذا كانت خرابا فضلا عن كونها عامرة . الآن فقهاء الحنفية (١) والمالكية (٢) قد استثنوا مسألة ما اذا ضاق المسجد وأراد ولي الأمر توسعته وكان بجواره عقار موقوف فانه يجوز هدم هذا العقار لتوسعة المسجد .

وقد قيّدهُ بعض الحنفية بما اذا كان العقار موقوفا على المسجد فقد جاء في شرح فتح القدير (٣) : " ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وُقِفْ عليه " .

وهذا القيد يفيد أنها لو لم تكن موقوفة عليه فانه لايجوز هدمها لتوسعة المسجد وقد حقّق ذلك ابن عابدين فقال بجواز هدمها لتوسعة المسجد ولو لم تكن موقوفة عليه فقال : " لكن جواز أخذ المملوكة كرها يفيد الجواز بالأولى لأن المسجد لله تعالى والوقف كذلك " (٤) .

واشترط بعض المالكية أن يكون المسجد المراد توسعته مسجدا جامعا أما مسجد الجماعة فانه لايجوز اذ ليست الضرورة فيه كالجامع (٥) .

---

(١) شرح فتح القدير (٢٣٥/٦)، حاشية رد المحتار (٣٧٩/٤)، حاشية الشلبي على شرح الكنز (٣٣١/٣)، فتاوى قاضيخان (٢٩٣/٣)، البحر الرائق (٢٧٦/٥)

(٢) التاج والاكليل (٤٢/٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٩١/٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢)، حاشية العدوي على شرح رسالة ابن أبي زيد (٢٤٦/٢)، رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٣ – ٤، ٨ – ٩)، المنتقى (١٣٠/٦) .

(٣) (٢٣٥/٦) وراجع حاشية الشلبي على شرح الكنز (٣٣١/٣)، فتاوى قاضيخان (٢٩٣/٣) .

(٤) رد المحتار (٣٧٩/٤) .

(٥) راجع في ذلك التاج والاكليل (٤٢/٦)، قوانين الأحكام (ص ٤٠٢)، رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٤)، المنتقى (١٣٠/٦) .

وقد ألحق المالكية بالمسجد أيضا الطريق والمقبرة فيجوز هدم العقار الموقوف لتوسعتها (١) .

ونصوا على أنه متى بيع العقار الموقوف لمصلحة توسيع المسجد أو الطريق أو المقبرة فانه يجب جعل ثمنه فى عقار غيره (٢) .

هذا قول الحنفية والمالكية بالنسبة لهدم العقار الموقوف غير المسجد للمصلحة . أما هدم المسجد لمصلحة توسيع طريق أو غيره . فعند الحنفية لايجوز هدم المسجد كله لتوسعة طريق أو نحوه قولا واحدا (٣) .

أما هدم بعضه فللحنفية فى ذلك قولان :

القول الأول :

لايجوز قال ابن عابدين : "ويؤيده مافى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث وان أرادَ أهل المحلة أن يجعلوا شيئا من المسجد طريقا للمسلمين فقد قيل ليس لهم ذلك وأنه صحيح" (٤) .

القول الثانى :

تجوز الزيادة فى الطريق من المسجد لأنها كلها للعامه (٥) وهو ماعليه المتون وهو المعتمد كما قال ابن عابدين (٦) .

جاء فى الاسعاف (٧) : "ولو احتيج الى توسعته من الطريق أو توسعة الطريق منه ولاضرر فيها على الآخر يجوز" وعلل ذلك فقال : " لأن الطريق

---

(١) الشرح الكبير (٩١/٤)،رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٩٠٣) .
(٢) الشرح الكبير (٩٢/٤) .
(٣) رد المحتار (٣٧٨/٤) .
(٤) رد المحتار (٣٧٨/٤) .
(٥) المصدر السابق وراجع شرح فتح القدير (٢٣٥/٦)،حاشية الشلبى على شرح الكنز (٣٣١/٣)،مجمع الأنهر (٧٤٨/١) .
(٦) رد المحتار (٣٧٨/٤) .
(٧) (ص ٧٣) .

للمسلمين والمسجد لهم أيضا" .

وأما المالكية فعندهم فى ذلك قولان أيضا :

القول الأول :

لابأس أن يستعان ببعض الأوقاف فى بعض فيهدم المسجد لمصلحة المقبرة والطريق وبالعكس . لأن هذا كله حُبُسٌ ولأنه ينتقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله لله تعالى (١) .

القول الثانى :

أن المسجد لايهدم لضيق مقبرة أو طريق أما المقبرة فيجوز توسعة الطريق منها وبالعكس قال الدسوقى واستظهره شيخنا العدوى (٢) .

هذا قول الحنفية والمالكية بالنسبة لهدم الأوقاف لمصلحة التوسعة أما هدمها لمصلحة تجديدها فقد نص الحنفية (٣) فى هذه المسألة على المسجد فقالوا اذا أراد أهل المحلة تجديد المسجد جاز لهم ذلك وليس لغيرهم . وأما غير المسجد فلم أقف على نص لهم فى ذلك .

أما المالكية فقد قالوا بعدم جواز نقض بنيان الحبس ولاتغييره عن صورته التى هو عليها (٤) . واطلاقهم هذا يشمل العقار الموقوف كله سواء كان مسجدا أو رباطا أو مدرسة أو غيرها .

أما الشافعية فليس لهم نص صريح فى هذه المسألة كالحنفية والمالكية الاأن الذى يؤخذ من نصوصهم (٥) أنه لايجوز تغيير الوقف عن هيئته الا اذا جَعَلَ الواقف للناظر مايرى فيه مصلحة الوقف فعليه : اذا لم يجعل الواقف للناظر ذلك فانه لايجوز جعل العقار الموقوف مسجدا أو طريقا أو مقبرة أو بالعكس . فان الأصل عندهم عدم جواز بيع الوقف أو هبته

---

(١) حاشية الدسوقى (٩١/٤) وراجع رسالة بيع الوقف اذا خرب (ص ٥) ، المنتقى (١٣٠/٦) .

(٢) حاشية الدسوقى (٩١/٤) .

(٣) شرح فتح القدير (٢٣٦/٦) .

(٤) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٤٠٢) .

(٥) روضة الطالبين (٣٦١/٥) ، مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) ، نهاية المحتاج (٣٩٦/٥) .

مطلقا كما سبق بيانه استدلالا بحديث "تَصَدَّقْ بأصله لايباع ولايوهب ولايورث .... الحديث " .

فيلزم على هذا الابقاء على الوقف وعدم التعرض له بالبيع أو بالهبة ليدخل فى وقف آخر بجواره كالمسجد والمقبرة وغيرها .

نعم أفتى الشبراملسى بجواز التخلى عن بعض العقار الموقوف لتوسعة الطريق اذا تعين ذلك وسيلة لجلب منفعة أو دفع مفسدة يحتاجها الوقف فقال : " منه يؤخذ جواب حادثة وقع السؤال عنها وهى أن مَطْهَرَة مسجد مجاورة لشارع من شوارع المسلمين آلت للسقوط وليس فى الوقف ماتعمر به فطلب شخص أن يَعْمُرَهَا من ماله بشرط ترك قطعة من الأرض التى كانت حاملة للجدار لتتسع الطريق فظهرت المصلحة فى ذلك خوفا من انهدامها وعدم ماتُعْمَرُ به هل ذلك جائز أم لا ؟ وهو الجواز نظرا للمصلحة المذكورة" (١) .

هذا بالنسبة لتغيير الوقف عن مُسَمَّاهُ أما حكم تجديد بنائه اذا اقتضت المصلحة ذلك فانه يجوز بشرط أن لايُغَيِّر مسمى الوقف وأن لايزال شئ من عينه بل ينقل نقضه من جانب الى جانب وأن يكون فيه مصلحة للوقف قاله السبكى (٢) .

لكن شرط عدم ازالة شئ من عينه ووجوب البناء بنقضه قد لايحقق المصلحة المقصودة من التجديد وخصوصا فى هذا العصر ولعل هذا فى زمانهم حينما كان البناء يُنْقَضُ لبنة لبنة ثم يعاد البناء بصورة أحسن من الصورة التى كان عليها وأقوى وهو ماكانت عليه الحال فى هذه البلاد قبل بضع سنين فقد كانت الطين والحجارة عنصران لايوجد غيرهما للبناء لكن مع التطور الذى عَمَّ البلاد وُجِدَتْ البدائل العصرية من اسمنت وآجر وحديد فبدأ الناس يُجَدِّدُونَ بناء الأوقاف القديمة بأوقاف جديدة تتلائم والتطور الذى نعيشه فى هذا العصر من الناحية العمرانية من غير استعمال

---

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٣٩٦/٥) .

(٢) مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) .

شيء من النقض الأول وقد تعارف الناس على ذلك ولاينكر هذا لكون المسطور في الكتب خلافه لأن الفتوى تتبدل وتتغير بتبدل الزمان وتغير العوائد والأحوال والأعراف ولو عاش من قال بهذا الشرط في زماننا لأفتى بخلاف ذلك وهذا الشبراملسي من متأخري الشافعية يفتي بما فيه المصلحة للوقف ولم يَقُلْ بأنه يشترط أن يُعْمَرَ بالنقض الأول فقد قال : " يؤخذ من هذا جواب حادثة وقع السؤال عنها وهي أن شخصا أرادعمارة جامع خرب بآلة جديدة غير آلته ورأى المصلحة في جعل بابه في محل آخر غير المحل الأول لكونه بجوار من يمنع الانتفاع به على الوجه المعتاد وهو أنه يجوز له ذلك لأن فيه مصلحة أي مصلحة للجامع وللمسلمين "(1) .

فالحاصل أنه يجب أن تكون القاعدة في مثل هذا الموضوع مراعاة المصلحة العامة ولايجوز للامام وللناظر أن يتصرف تصرفا يتنافى ومصلحة الوقف لأن تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة . أما الجمود على ماهو مسطور في الكتب مع تبدل الأزمنة والأحوال والأعراف فقد أجاب عنه القرافي رحمه الله بما لامزيد عليه فقد قال جوابا عن سؤال مفاده "ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المرتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام فهل اذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد تدل على ضد ماكانت تدل عليه أولا فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ؟ أو يقال نحن مقلدون ومالنا احداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين . قال : ان اجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين بل كل ماهو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ماتقتضيه العادة المتجددة وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية

---

(1) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٥/٣٩٧) .

الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف "[(١)] .

وقال فى الفروق[(٢)] : "والجمود على المنقولات أبدا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" .

وأما الحنابلة فانهم لم يتعرضوا أيضا لحكم هدم الأوقاف للمصلحة العامة الآن ظاهر نصوصهم تفيد أن ذلك لايجوز مادام الوقف عامرا قائم المنافع جاء فى الانصاف[(٣)] : "فان لم تتعطل منافعه لم يجز بيعه ولا المناقلة به مطلقا نص عليه فى رواية على بن سعيد قال : لايستبدل به ولايبيعه الآن يكون بحال لاينتفع به .ونقل أبو طالب لايغير عن حاله ولايباع الآن لاينتفع منه بشئ وعليه الأصحاب " .

وقال ابن قدامة[(٤)] : "ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيتا لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجدا فى موضع آخر" .

وقال أيضا : " المسجد لايجوز نقله وابداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت الاعند تعذر الانتفاع به والحاجة الى سقاية وحوانيت لاتُعطِّل نفع المسجد"[(٥)] .

وجاء فى المبدع[(٦)] : "لكن نقل جعفر فيمن جعل خانا فى السبيل وبنى بجَنْبه مسجدا فضاق أيزاد منه فى المسجد ؟ قال : لا . قيل فان ترك ليس يُنْزَلُ فيه فقد عُطِّلَ . قال يترك على ماصُيِّرَ اليه ولايجوز نقله مع امكان عمارته قاله فى الفنون . وان جماعة أفتوا بخلافه وغَلَّطُوهم" .

---

(١) الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام (ص ٢٣١ – ٢٣٢) .

(٢) (١٧٧/١) .

(٣) (١٠١/٧) .

(٤) المغنى (٣٠/٦) .

(٥) المصدر السابق .

(٦) (٣٥٦/٥) .

فالقاعدة عندهم مُطَّرِدَةٌ في جميع أحكام الوقف وهي أنه لايجوز بيع الوقف ولا استبداله ولا المناقلة به الا اذا تعطلت منافعه والحاجة الى هدمه لتوسيع الطريق أو جعله سوقا لاتُعطّل النفع فوجب أن يبقى على حاله والله أعلم .

أما بالنسبة لهدم الوقف لتجديد بنائه فقد أجاز الحنابلة تجديد بناء المسجد وقد نص الامام أحمد على جواز تجديد بناء المسجد لمصلحته (١) واستدلوا بما رواه البخاري (٢) عن عبيد الله بن موسى عن اسرائيل عن أبي اسحاق عن الأسود قال: قال لي ابن الزبير: كانت عائشة تُسِرُّ اليك كثيرا فما حدثتك في الكعبة؟ قلت: قالت لي قال النبي صلى الله عليه وسلم ياعائشة لولا ان قومك حديث عهدهم قال ابن الزبير بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين باب يَدْخُلُ الناس وباب يَخْرُجُونَ ففعله ابن الزبير" .

ففيه دليل على جواز نقض الموقوف وتجديده فقد عزم رسول الله صلى الله عليه وسلم على نقض الكعبة واعادتها على ماكانت عليه . على قواعد ابراهيم الخليل عليه السلام فلم يفعل مراعاة لحال المسلمين لقرب عهدهم بالجاهلية وقد ترجم له الامام البخاري (٣) رحمه الله : "باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه" .

فَعَزْمُ الرسول صلى الله عليه وسلم اذاً ثُمَّ تَرْكُهُ لهذا الأمر وفِعْلُ ابن الزبير له دليل على جواز تجديد بناء الأوقاف .

وقد خالف شيخ الاسلام ابن تيمية المذهب الحنبلي فقال بجواز بيع الوقف واستبداله ومناقلته متى اقتضت المصلحة ذلك فقد فتح رحمه الله الباب واسعا في ذلك مما لم يسبقه اليه أحد وكان له أتباع في المذهب

---

(١) الانصاف (١٠٢/٧)، كشاف القناع (٣٢٥/٤) .

(٢) صحيح الامام البخاري (٤٠/١) كتاب العلم باب (٤٨)، مسلم (٩٦٨/٢) ، ومابعدها كتاب الحج باب (٦٩) بألفاظ مختلفة، والامام أحمد في المسند (١٠٢/٦) .

(٣) صحيح الامام البخاري (٤٠/١) كتاب العلم باب (٤٨) .

الحنبلي يقولون بقوله هذا ويناصرونه ويدافعون عنه (١) . وقد رَدَّ رحمه الله على فقهاء الحنابلة القائلين بعدم جواز بيع العقار الموقوف الا اذا تعطلت منافعه في صفحات كثيرة من الفتاوى (٢) وقرر أن بيع العقار الموقوف للمصلحة الراجحة أشبه بنصوص الامام أحمد وأقرب الى أقواله ومما قاله رحمه الله (٣) : "ماذكروه ممنوع ولم يذكروا عليه دليلا شرعيا ولامذهبيا . وان ذكروا شيئا من مفهوم كلام احمد أو منطوقه فغايته أن يكون رواية عنه قد عارضتها رواية أخرى عنه هى أشبه بنصوصه وأصوله واذا ثبت فى نصوصه وأصوله جواز ابدال المسجد للمصلحة الراجحة فغيره أولى . وقد نص على جواز بيع غيره أيضا للمصلحة لالللضرورة .

وأيضا فيقال لهم لاضرورة الى بيع الوقف وانما يباع للمصلحة الراجحة ولحاجة الموقوف عليهم الى كمال المنفعة . لالضرورة تبيح المحظورات فانه يجوز بيعه لكمال المنفعة وان لم يكونوا مضطرين ولو كان بيعه لايجوز لأنه حرام لم يجز بيعه لضرورة ولاغيرها كما لم يجز بيع الحر المعتق ولو اضطر سيده الى ثمنه . وغايته أن يتعطل نفعه فيكون كما لو كان حيوانا فمات ،ثم يقال لهم بيعه فى عامة المواضع لم يكن الامع قلة نفعه بالكلية فانه لوتعطل نفعه بالكلية لم ينتفع به أحدلا المشترى ولاغيره وبيع مالامنفعة فيه لايجوز أيضا فغايته أن يخرب ويصير عرصه" .

---

(١) يقول المرداوى فى الانصاف (١٠١/٧) : "وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله ذلك لمصلحة ... واختاره صاحب الفائق وحكم به نائبا عن القاضى جمال الدين المسلاتى فعارضه القاضى جمال المرداوى - صاحب الانتصار - وقال حكمه باطل على قواعد المذهب وصنف فى ذلك مصنفا رد فيه على الحاكم سماه : "الواضح الجلى فى نقض حكم ابن قاضى الجبل الحنبلى" وصنف صاحب الفائق مصنفا فى جواز المناقلة للمصلحة سماه : "المناقلة بالأوقاف ومافى ذلك من النزاع والخلاف" وأجاد فيه .ووافقه على جوازها الشيخ برهان الدين بن القيم والشيخ عزالدين حمزة بن شيخ السلاميه وصنف فيه مصنفا سماه : " رفع المثاقلة فى منع المناقلة " ووافقه أيضا جماعة فى عصره وكلهم تبع للشيخ تقى الدين رحمه الله فى ذلك" . قلت وكتاب ابن قاضى الجبل وَرَدُّ المرداوى عليه مطبوعان مع بعضهما عام ١٣٨٦هـ تحت اسم كتاب المناقلة بالأوقاف لابن قاضى الجبل .

(٢) راجع فى ذلك مجموع الفتاوى (٢١٢/٣١) ومابعدها .

(٣) المرجع السابق (٢٢٣/٣١ - ٢٢٤) .

وأوضح فى موضع آخر أن أصل الامام أحمد فى هذا الباب مراعاة مصلحة الوقف فقال : " بل النصوص عند أحمد وأصوله وعموم كلامه وكلام أصحابه واطلاقه يقتضى أن يفعل فى ذلك ماهو مصلحة أهل الوقف فان أصله فى هذا الباب مراعاة مصلحة الوقف بل أصله فى عامة العقود اعتبار مصلحة الناس فان الله أمر بالصلاح ونهى عن الفساد وبعث رسله بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها ".[1] "وَقَالَ مُوسَىٰ لِأَخِيهِ هَارُونَ اخْلُفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ"[2] . وقال شعيب : " إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ"[3] ،وقال تعالى : " فَمَنِ اتَّقَىٰ وَأَصْلَحَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ"[4] وقال تعالى : " وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَٰكِن لَّا يَشْعُرُونَ"[5] .

وقال رحمه الله : " وأما ابدال المسجد بغيره للمصلحة مع امكان الانتفاع بالأول ففيه قولان فى مذهب أحمد واختلف أصحابه فى ذلك لكن الجواز أظهر فى نصوصه وأدلته والقول الآخر ليس عنه به نص صريح وانما تمسك أصحابه بمفهوم خطه فانه كثيرا مايفتى بالجواز للحاجة وهذا قد يكون تخصيصا للجواز بالحاجة وقد يكون التخصيص لكون ذلك هو الذى سئل عنه واحتاج الى بيانه"[6] .

وقد استدل رحمه الله بالأثر والنظر وأقوال الامام أحمد ونصوصه وأسهب فى ذلك ومما ذكر من الأثر استدلالا لما ذهب اليه : "ولأن الخلفاء الراشدين عمر وعثمان رضى الله عنهما غَيَّرا مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وأمر عمر بن الخطاب بنقل مسجد الكوفة الى مكان آخر وصار الأول سوق التمارين للمصلحة الراجحة لا لأجل تعطل منفعة تلك المساجد فانه لم يتعطل نفعها بل مازال باقيا . وكذلك خلفاء المسلمين بعدهم

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٦٦/٣١) .
(٢) الأعراف : ١٤٢
(٣) هود : ٨٨
(٤) الأعراف : ٣٥
(٥) البقرة : ١١ – ١٢
(٦) مجموع الفتاوى (٢١٥/٣١) .

كالوليد والمنصور والمهدى فعلوا مثل ذلك بمسجدى الحرمين ،وفعل ذلك الوليد بمسجد دمشق وغيرهما مع مشورة العلماء فى ذلك واقرارهم" (١) .

قال : " ومع هذا فأحمد اتبع الصحابة فى جواز ابدال المسجد بمسجد آخر وجَعْلِ المسجد الأول سوقا" (٢) .

هذا خلاصة ماذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله جواز ابدال الوقف اذا ظهرت المصلحة بل نص على أنه مع الحاجة يجب ابدال الوقف بمثله وبلاحاجة يجوز بخير منه ويجوز أيضا تغيير صورة الوقف للمصلحة كجعل الدور حوانيت ونحو ذلك (٣) .

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - جواز هدم الأوقاف للمصلحة العامة كتوسيع المساجد والمقابر والطرق ونحوها بشرط أن تكون تلك المصلحة المجلوبة أو المفسدة المدفوعة محققة غير موهومة ،وأن تكون متعينة بحيث تنسد جميع السبل الأخرى المشروعة أصلا ولايبقى حل سوى هدم العقار الموقوف . فان الأصل فى الشريعة الغراء تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة . والقاعدة فى اجتماع الضررين وتقابلهما أن يُسْقِطَ الأصْغَرُ الأكْبَرَ . ولاأكبر ضررا من شئ يسبب الضيق للمسلمين والحرج والمشقة ومن المعلوم أن أحوال الناس فى هذا الزمان قد تغيرت ووسائل مواصلاتهم

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٢١/٣١) والمقصود من قوله غَيَّرَا فى مسجد الرسول وقوله فعلوا مثل ذلك بمسجدى الحرمين أوضحه فى موضع آخر بقوله (٢٣٣/٣١) : " والمساجد الثلاثة التى بنتها الأنبياء عليهم السلام وشرع للناس السفر اليها ووجب السفر اليها بالنذر لايجوز ابدال عرصتها بغيرها بل يجوز الزيادة فيها وابدال التأليف والبناء بغيره كما دلت عليه السنة واجماع الصحابة بخلاف غيرها فانه لايتعين للنذر ولايسافر اليه فيجوز ابداله للمصلحة" .

(٢) مجموع الفتاوى (٢٣٢/٣١) .

(٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام للبعلى (ص ١٨١ - ١٨٢) .

قد تطورت فاحتاجوا بذلك الى فتح الشوارع وتوسعة الميادين والأسواق والمساجد لتستوعب هذا العدد الهائل من الناس ووسائل مواصلاتهم المختلفة . والمصلحة فى ذلك لاتخفى على كل عاقل بصير حتى نقول بعدم جوازه محافظة على أصل الوقف . وماهو مسطور فى كتب المتقدمين من الفقهاء من عدم جواز ذلك يجب أن يتغير فى هذا الزمان (١) لأنه لو طبق لأصبح ضررا والشريعة الاسلامية منزهة عن الاضرار بالناس بل ان الشريعة ما أتت الا لتصلح الناس فى أحوالهم الدينية والدنيوية ،قال شيخ الاسلام ابن تيمية (٢) : "فان الله أمر بالصلاح ونهى عن الفساد وبعث رسله بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها" .

وماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه من نقله المسجد الذى بالكوفة وجعل مكانه سوقا للتمارين صريح فى جواز مثل ذلك بل قد وسع الحرم المكى والحرم المدنى وأدخلت فيهما الأوقاف وغيرها من حولهما عصرا بعد عصر ولم ينكر هذا أحد من علماء المسلمين فدل على جوازه لمصلحة المسلمين خاصة .

اذا ثبت هذا فانه يجب على اللجان المختصة بتقدير قيمة العقارات التى قد أزمع ولى الأمر على نزع ملكيتها للمصلحة العامة أن تراعى الله فى هذا التقدير وتعطى كل شئ حقه من غير حيف ولاشطط ومن ثم يستلم ناظر الوقف هذا التعويض ويلزمه كما يقول أحد القضاة السابقين فى المحكمة الشرعية بمكة المكرمة (٣) : "شراء البدل فى الحال بعد ثبوت ملكية المُستَبدَل به وأن فى شرائه خطأ وغبطة لجهة ذلك الوقف أو على الناظر أن يعمر به بقية أوقاف تلك الجهة اذا اتحدت جهاتها ولايجوز للناظر تأخير الشراء لأن فى ذلك تعطيلا لمصلحة المستحقين أو تعطيلا للجهة الموقوف عليها وقد يتلف العوض أو تزيد أقيام البدل به أو حرمان تلك الطبقة بموتها اذا كان الوقف مرتبا وغير ذلك وعلى الحاكم الشرعى الاعتراض على الناظر اذا فعل مالايسوغ" .

---

(١) راجع نص القرافى حول هذا الموضوع فى المسألة السابقة .(ص٤٦٤)
(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٢٦٦/٣١) .
(٣) مقدمة المناقلة بالأوقاف للشيخ عبدالله بن عمر بن دهيش (ص ٧) .

المبحث الثانى

فى التلف والاتلاف فى كتاب العاريـــة

المطلب الأول : فى يد المستعير على العين المستعـــــارة

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى حكم يد المستعير على العارية هـــل هى يد أمانة أو ضمان على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[1] والظاهرية[2] الى أن العارية أمانة عند المستعيـــــر لاتضمن الابالتعدى والتقصير فى الحفظ . يقول ابن حزم[3] : " والعاريـــــة غير مضمونة من غير تعد المستعير وسواء ماغيب عليه من العوارى ومالـــم يغب عليه منها . فان ادعى عليه أنه تعدى أو أضاعها حتى تلفت أو عَـــرَض فيها عارض فان قامت بذلك البينة أو أقر ضمن بلا خلاف . وان لم تقـــم بينة ولاأقر لزمته العين وبرىء لأنه مُدَّعًى عليه " .

ويقول الكاسانى[4] : "وأما بيان حال المستعار فحاله أمانة فى يـــد المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع أما فى غير حال الاستعمال فكذلـــك عندنا " .

وقال فى موضع آخر[5] : "فالذى يغير حال المستعار من الأمانة الـــى الضمان ماهو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعـــد

---

(١) بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨)، المبسوط (١٣٥/١١)، الهداية على شرح فتـــح القدير (٧/٩)، تبيين الحقائق (٨٤/٥)، الدر المختار ورد المحتـــار عليه (٦٧٨/٥ – ٦٧٩)، مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتقى (٣٤٧/٢).

(٢) المحلى (١٦٢/١٠) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨) .

(٥) المرجع نفسه (٣٩٠٦/٨) .

الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف" .

هذا،وللحنفية فى ضمان العارية وموجباته تفصيلات يمكن تلخيصها فى ضوابط ستة :

الضابط الأول :

استعمال العارية المطلقة مقيد بالعرفوالعادة (١) .

والمعنى أن العارية اذا كانت مطلقة عن القيد بحيث لم يحدد له المعير نوعية الاستعمال ولازمانه ولامكانه فان هذا الاطلاق مقيد بالعرف والعادة فان المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا .

بيان ذلك : أنه لو أعاره سيارة مثلا إِعَارَةً مطلقة ولم يُسَمِّ له مكانا ولازمانا ولم يحدد له ماذا يحمل عليها،ومن يركب فيها . فله أن يستعملها حسب العادة والعرف فلايحمل عليها مايعلم أن مثلها لايتحمل مثل هذا الحمل ،ولايستعملها فى زمان لايستعمل مثلها فيه عادة ولايقودها فى أمكنة لاتدخلها مثيلاتها عادة فان خالف وتلفت السيارة فى هذه الحال ضمن .

الضابط الثانى :

يلزم مراعاة القيد فى العارية ماأمكن فان خالف ضمن (٢) .

والمعنى أن المعير اذا أعار شخصا عينا من الأعيان وحدد له استعمالا معينا فليس له أن يخالف هذا فان خالف وتلفت العين المستعارة ضمن لمخالفته وتعديه ماحَدَّدَ له .

بيان ذلك : أعاره سيارة ليقودها بنفسه فليس له أن يعيرها لغيره فان فعل ثم تلفت السيارة ضمن . لأن مراعاة هذا القيد ممكن ولأن له فائدة لأن الناس يتفاوتون فى قيادة السيارات فلزم اعتبار مثل هذا القيد.

---

(١) راجع بدائع الصنائع (٣٩٠٠/٨)،رد المحتار (٦٨٠/٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٩٠١/٨)،الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٨٠/٥) ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٨٦/٥) .

وكذلك لو أعاره السيارة على أن يحمل عليها قطنا أو اسفنجا ثم حمل عليها حديدا أو اسمنتا فتلفت فانه يضمن لمخالفته القيد المعتبر . وكذلك اذا قيده بالزمان أو المكان فيلزم مراعاة هذا القيد والاضمن .

الضابط الثالث :

القيد فى العارية اذا لم يكن فيه فائدة فيعتبر لاغيا (١) .

بيان ذلك أعاره دارا للسكنى ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لعدم تفاوت الناس فى السكنى (٢) . فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو القيد الا اذا أراد أن يسكن فيها حدادا ونحوه مما يوهن البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لأن المعير لايرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما ذكرنا آنفا .

الضابط الرابع :

العارية المطلقة اذا قيدت ببعض الأوصاف يبقى الاطلاق فيما وراءه (٣) .

بيان ذلك : أعاره السيارة على أن يستعملها فى مكان كذا فى المصر فيلزمه التقييد به وله أن يستعملها فى أى وقت شاء ولأى غرض شاء فى حدود العرف والعادة . لأن التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه .

الضابط الخامس :

حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب كغصبها (٤) .

بناء على ذلك فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) هذا المثال ذكره الكاسانى ولكن فيه نظر لأنه لايُسَلَّم له أن الناس لايتفاوتون فى السكنى وأقرب من ذلك ماذكره من أنه لو أعاره دابة فشرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فهذا القيد يعتبر لاغيا لعدم الفائدة . انظر بدائع الصنائع (٣٩٠٢/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٩٠٢/٨) .

(٤) بدائع الصنائع (٣٩٠٦/٨ - ٣٩٠٧)، تبيين الحقائق (٨٩/٥)، رد المحتار (٦٧٩/٥)، المبسوط (١٤٨/١١) .

قبل انقضاء المدة ثم تلفت فى يده فانه يضمن لأنها واجبة الرد فى هاتين الحالتين • لأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو بالطلب فصارت العين فى يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه •

الضابط السادس :

أن عقد العارية غير لازم (١) •

بناء على ذلك لايجوز للمستعير أن يتصرف فى العارية تصرفا يمنع من استردادها عند طلب صاحبها مثل أن يعقد عليها عقد اجارة لأن عقد الاجارة عقد لازم وعقد العارية غير لازم فلو طلبها صاحبها والمستعير قد أجرها لأفضى ذلك الى سلب اللزوم عن العقد اللازم وهو الاجارة أو اثبات صفة اللزوم لعقد غير لازم وهو العارية وكل ذلك باطل • وعلى هذا فليس له الحق فى اجارتها فان فعل وتلفت العين ضمن المستعير لأنه بمجرد تسليم العين المستعارة الى المستأجر فانها تدخل فى ضمانه حيث قد تصرف تصرفا لايحق له فصار غاصبا ،يقول الكاسانى (٢) : "فان أجر وسلم الى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الاأنه اذا ضَمِنَ المستعير لايرجع بالضمان على المستأجر لأنه مَلَكَهُ بأداء الضمان فتبين أنه أَجَّرَ ملك نفسه •

وان ضَمِنَ المستأجر فان كان عالما بكونها عارية فى يده لايرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لأنه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور" •

---

(١) بدائع الصنائع (٣٨٩٩/٨)،تبيين الحقائق (٨٥/٥)،الدر المختار (٦٧٩/٥)، المبسوط (١٣٤/١١) •

(٢) بدائع الصنائع (٣٩٠٠/٨)،وراجع تبيين الحقائق (٨٥/٥) •

القول الثانى :

ذهب المالكية[1] الى تقسيم العين المعاره الى قسمين : أحدهما مالايغاب عليه وهو مالايمكن اخفاؤه كالعقار والحيوان .

والثانى : مايغاب عليه وهو مايمكن اخفاؤه كالحلي من الذهب والفضة والثياب والسلاح الخفيف ونحو ذلك .

فقالوا : اذا كانت العارية مما لايغاب عليه فانها أمانة فى يد المستعير لايضمن الا بالتعدى والتضييع وكذلك اذا كانت مما يغاب عليه فهى أمانة أيضا اذا ظهر هلاكها ووضح من غير تضييع ولاتعد .

فان خفى هلاك مايغاب عليه ضمن المستعير مطلقا الا اذا أقام بينة على أن هلاكه حصل بغير سببه ومن غير تفريط منه . هذا هو المشهور من قول الامام مالك وهو قول ابن القاسم .

وهناك رواية عن الامام مالك وهو ماذهب اليه أشهب ان المستعير يضمن كل مايغاب عليه سواء قامت بينة بهلاكه أو لم تقم ،وسواء هلك بسببه أو بغير سببه . وأما الحيوان ومالايغاب عليه فلا ضمان عليه الا بالتعدى والتضييع .

ومتى قال المالكية بعدم الضمان الا بالتعدى فما هو معيار التعدى عندهم ؟

معيار التعدى أنه متى خالف أمر صاحبها أو استعملها فى غير ما أذن له أو فى غير ماتستعمل فيه عادة فهو متعد .

بيان ذلك جاء فى المدونة[2] : " قلت لابن القاسم أرأيت لو أن رجلا استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فعطبت أيضمن أم لا فى

---

(١) جواهر الاكليل (٢/١٢٥ - ١٢٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣/٤٣٦)، التمهيد (١٢/٣٨)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢/١٤١)، المدونة (٦/١٦٢ - ١٦٤)، الفواكه الدوانى (٢/٢٣٥)، البهجة شرح التحفة (٢/٢٧٥)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢/٢٠٦) .

(٢) المدونة (٦/١٦٢ - ١٦٣) .

قول مالك ؟ قال: قال مالك: فى رجل اكترى دابة من رجل ليحمل عليها أو ليركبها فأكراها من غيره فعطبت قال: ان كان أكراها فى مثل ما اكراها له وكان الذى اكتراها عدلا أمينا لابأس به فلا ضمان عليه وان كان ماحمل على الدابة مما يشبه أن يكون مثل الذى استعارها له فعطبت فلا ضمان عليه وان كان ذلك أضر بالدابة فعطبت فهو ضامن . ومما يبين لك ذلك أنه لو استعارها ليحمل عليها بَزّاً فحمل عليها كتانا أو قطنا أو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها عدسا أنه لايضمن فى قول مالك وانما يضمن اذا كان أمرا مخالفافيه ضَرَرعلى الدابة فهذا الذى يضمن ان عطبت . قلت أرأيت ان استَعَرْتُ دابة لأحمل عليها حنطة فَرَكِبْتُها أنا ولم أحمل عليها فعطبت هل أضمنها أم لا ؟ قال: ينظر فى ذلك فان كان ركوبك أضر بالدابة من الحنطة وأثقل ضمنتها والا فلا ضمان " .[1]

فمعيار التعدى والتفريط عند المالكية اذاً مرجعه العرف والعادة فما يعتبر فى عرف الناس تفريطا أو تعديا فهو كذلك والا فلا .

والظاهر من مذهب المالكية أنه وان ثبت أن المستعير لم يفرط ولم يقع التلف بسببه مثل أن يكون التلف جاء نتيجة السُّوس فى الخشب أو قرض فأر فانه اذا ادّعَىٰ عليه صاحب العين أن ماحصل ذلك الا بسبب تفريطه فان المستعير يحلف أنه مافرط فان نكل غرم بنكوله . ولم يفرقوا فى ذلك بين مايغاب عليه وبين مالايغاب عليه[2] . واذا ثبت الضمان فى مثل هذه الحالة فقد قالوا ان فات المقصود من العين بسبب السوس أو قرض الفأر ضمن جميع قيمته . وان لم يفت المقصود منه ضمن مابين قيمته سليما وقيمته بما حدث فيه من العيب سواء كان كثيرا أو قليلا .

أما اذا ثبت عليه الضمان بتعديه وتفريطه أو كانت العين مما يغاب عليه ولم تقم بينة على نفى الضمان عنه . فقد قالوا : يضمن قيمة العين يوم انقضاء أجل العارية علىماينقصها من الاستعمال المأذون فيه

---

(١) هكذا جاءت والظاهر من السياق أن تكون: اكتراها. بدلا من استعارها والله أعلم .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٣٧/٣) .

فاذا كانت قيمتها بدون استعمال أصلا عشرة وبعد الاستعمال المأذون فيه ثمانية وضاعت ولو قبل الاستعمال فانه يلزمه ثمانية[1] ،قال الدسوقى :"وهذه طريقة لابن رشد فى المقدمات نقلها أبو الحسن وابن عرفه وهى المعتمدة"[2] ٠

وأضاف المالكية الى الضمان اليمين فقالوا على المستعير أن يحلف لقد ضاعت ضياعا لايقدر على ردها لأنه يتهم على أخذها بقيمتها من غير رضا صاحبها[3] ٠

القول الثالث :

ذهب الشافعية[4] والحنابلة[5] الى أن يد المستعير على العارية يد ضمان فى حالة عدم الاستعمال فيضمنها اذا تلفت سواء تعدى أو لم يتعد قَصَّرَ فى الحفظ أو لم يُقَصِّرْ ٠

أما فى حالة الاستعمال فان يده عليها يد أمانة فلا يضمن اذا تلفت أو أجزاؤها من جَرَّاءِ الاستعمال المأذون فيه نصا أوعادة وعرفا ٠ أما اذا تعدى أو فرط أو استعملها استعمالا غير مأذون فيه فانه يعتبر بذلك ضامنا ٠

---

(١) الشرح الكبير (٤٣٦/٣)، الفواكه الدوانى (٢٣٥/٢)،حاشية العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢٥١/٢) ٠

(٢) حاشية الدسوقى (٤٣٦/٣) ٠

(٣) الشرح الكبير (٤٣٦/٣)، الفواكه الدوانى (٢٣٥/٢)،حاشية العدوى على شرح أبى الحسن (٢٥١/٢) ٠

(٤) مغنى المحتاج (٢٦٧/٢)، الأم (٢١٧/٣ - ٢١٨)،روضة الطالبين (٤٣١/٤ - ٤٣٢)،نهاية المحتاج (١٢٦/٥)، المهذب (٤٧٨/١) ٠

(٥) كشاف القناع (٧٦/٤،٧٨)،شرح منتهى الارادات (٣٩٧/٢)، التنقيح (ص ٢٢٩) المغنى (١٦٣/٥ - ١٦٤)، الانصاف (١١٢/٦ - ١١٣)، المحرر (٣٥٩/١) ٠

جاء فى الأم[1] : "أخبرنا الربيع قال : أخبرنا الشافعى قال : العارية كلها مضمونة الدواب والرقيق والدور والثياب لافرق بين شئ منها فمن استعار شيئا فتلف بيده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له " .

وجاء فى روضة الطالبين[2] : "فاذا تلفت العين فى يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير هذا هو المشهور".

وقال : " هذا اذا تلفت العارية لا بالاستعمال أما اذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه بأن انمحق الثوب باللبس فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء" .

وقال الخرقى[3] : " والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير"

وقال ابن قدامة[4] : " ويجب ضمانها اذا كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد" .

وقال المرداوى[5] : "قال الحارثى : نص الامام أحمد رحمه الله على ضمان العارية وان لم يتعد فيها كثير متكرر جدا من جماعات وقف على رواية اثنين وعشرين رجلا وذكرها" .

وجاء فى الاقناع وشرحه[6] : "وان تلفت أجزاؤها باستعمالها بمعروف فلاضمان أو تلفت العارية كلها باستعمالها بمعروف كخمل منشفة وطنفسة ... ونحوهما لأن الاذن فى الاستعمال تَضَمَّنَ الاذن فى الاتلاف الحاصل به وما أذن فى اتلافه لايضمن كالمنافع قال ابن نَصْرِ اللّٰه : فعلى هذا لو تلفت بالانتفاع بالمعروف فلا ضمان " .

فالقاعدة اذاً عند الشافعية والحنابلة : " أن الاستعمال المبرئ

---

(١) (٢١٧/٣) .
(٢) (٤٣١/٤ - ٤٣٢) .
(٣) المغنى (١٦٣/٥) .
(٤) المرجع نفسه (١٦٤/٥) .
(٥) الانصاف (١١٢/٦) .
(٦) كشاف القناع (٧٨/٤) .

من الضمان ماكان في حدود المأذون نصا أو دلالة "[1] .

كما نبّه الشافعية[2] والحنابلة[3] على أنه لايجوز للمستعير أن يتصرف في العارية تصرف الملاك مثل أن يعيرها أو يؤجرها لأن العارية عندهم اباحة للمنفعة وليست تمليكا خلافا للحنفية . فان أعارها أو أجّرَها ضمن لصاحبها . لأن المستبيح لايملك نقل ما أبيح له بدليل أن الضيف لايبيح لغيره ماقُدِّمَ له . وهذا كله اذا لم يأذن له المالك في الاعارة أو الاجارة أما اذا أذن له صح هذا التصرف منه وأصبح معيرا والضمان على المستعير الثاني .

بناء عليه فاذا أعارها من غير اذن المالك فللمالك تضمين من شاء منهما جاء في كشاف القناع[4] : "أعار بلا اذن المعير فتلفت العارية عند المستعير الثاني؛ ضمّنَ رب العين القيمة والمنفعة أيهما شاء . أما المستعير الأول؛ فلأنه سَلّطَ غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه، أشبه مالو سَلّطَ على مال غيره دابة فأكلته، وأما المستعير الثاني فان العين والمنفعة فاتا على مالكهما في يده، والقرار في ضمانها على الثاني؛ لأنه المستوفي للمنفعة بدون اذن المالك، وتَلَفُ العين انما حصل تحت يده، ومحل ذلك اذا كان الثاني عالما بالحال بأن العين لها مالك لم يأذن في اعارتها، وكذا لو أجره بلا اذنه . والا يَكُنْ المستعير الثاني عالما بأن العين لها مالك لم يأذن في اعارتها، استَقَرَّ عليه ضمان العين، لأنه قبضها على أنها عارية والعارية مضمونة. ويستقر ضمان المنفعة على المستعير الأول لأنه غَرَّ الثاني بدفعها له على أن يستوفي منافعها بغير عوض.وعكس ذلك لو أجرها لجاهل بالحال فيستقر على المستأجر ضمان

---

(١) روضة الطالبين (٤٣٥/٤)،كشاف القناع (٧٩/٤) ومما جاء في الاقناع قوله : " وليس له أن يستعمل ما استعاره في غير مايستعمل فيه مثله مثل أن يحشو القميص قطنا كما يُفْعَلُ بالجوالق أو يحمل فيه ترابا أو يستعمل المناشف والطنافس في ذلك أو يستظل بها من الشمس أو نحوه . قال البهوتي لأنه غير مأذون فيه لفظا ولاعرفا" .

(٢) مغني المحتاج (٢٦٤/٢)، المهذب (٤٧٧/١) .

(٣) شرح منتهى الارادات (٣٩٦/٢)، المغني (١٦٨/٥ - ١٦٩)، الانصاف (١١٤/٦ - ١١٥) .

(٤) (٧٩/٤) .

المنفعة وعلى المستعير ضمان العين " .

فمتى ثبت الضمان على المستعير فقد قال الشافعية تضمن بقيمتها يوم التلف متقومة كانت أو مثلية . جاء في المنهاج وشرحه نهاية المحتاج[1] : "الأصح أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف . متقومة كانت أو مثلية كما هو ظاهر كلامهم وجرى عليه الاسنوى وغيره وجزم به في الأنوار وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى فقد قال الروياني في البحر : لايضمنه بالمثل بلا خلاف فالمذهب أنه يضمن بالقيمة وان كان مثليا قلت : ويمكن توجيهه بأن رَدَّ عين مثلها مع استعمال جزء منها مُتعَذِّر فصار بمنزلة تَعَذُّرِ المثل فيرجع للقيمة " .

أما عند الحنابلة[2] فان كانت مثلية فضمانها بمثلها لأنه أقرب اليها من القيمة وان كانت قيمية فضمانها بقيمتها يوم تلفها .

عرض أدلة الفقهاء ومناقشتها والترجيح .

أولا : استدل الحنفية على قولهم بعدم ضمان العارية الا بالتعدي والتفريط بالأثر والنظر :

أما الأثر : فما رواه الدارقطني عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"ليس على المستعير غير المُغِلّ ضمان[3] .... الحديث .

وهذا حديث ضعيف مُعَلَّل باسناده فان فيه عمر بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان قال الدارقطني ضعيفان[4] .

قال الحنابلة[5] وان صَحّ حُمِلَ على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال

---

(١) (١٤٢/٥) وراجع مغني المحتاج (٢٧٤/٢) .

(٢) كشاف القناع (٧٧/٤)، التنقيح (ص ٢٢٩)،شرح منتهى الارادات (٣٩٧/٣) ، غاية المنتهى (٢٢٧/٢)، المغني (١٦٦/٥) .

(٣) سنن الدارقطني (٤١/٣) كتاب البيوع ،وعبدالرزاق في المصنف (١٧٨/٨) . والمغل هو الخائن .

(٤) سنن الدارقطني (٤١/٣) .

(٥) المغني (١٦٤/٥)،شرح منتهى الارادات (٣٩٧/٢) .

جمعا بين الأخبار .

قلت : لو صح لكان دليلا صريحا فى عدم ضمان العارية وحمله على ماقالوا جمعا بين الأخبار لايصح لأن الأخبار التى وردت فى الضمان واستدلوا بها لاتقوى على معارضة مثل هذا الحديث لو صح لأنها ضعيفة كما سنرى عند عرض أدلتهم .

وأما النظر : فهو أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان لأن الضمان لايجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا العقد والقبض وكل واحد منهما لايصلح سببا لوجوب الضمان بيان ذلك :

أن العقد عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو اباحة على اختلاف الأصلين .

وأما القبض فانه اذا كان قبض مال الغير بغير اذنه لحفظه وصيانته من الهلاك لايصلح سببا لوجوب الضمان فبالاذن أولى لأن قبضه للحفظ والصيانة من الهلاك ولو من غير اذن المالك احسان وماعلى المحسنين من سبيل . ولأن القبض المأذون فيه لايكون تعديا لأنه لايفوت يد المالك ولاضمان الا على المتعدى[(١)] .

ثانيا : استدل الظاهرية :

(١) قال تعالى : " يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِٱلْبَاطِلِ إِلَّاأَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَاتَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"[(٢)] .

قال ابن حزم : " فصح أن مال المستعير محرم الا أن يوجبه نص قرآن أو سنة ولم يوجبه قط نص منهما"[(٣)] .

(٢) قال الله تعالى : " مَاعَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ"[(٤)] ،وقال تعالى : "إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ"[(٥)] .

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٨ ، ٣٩)،وراجع المبسوط (١٣٥/١١)،تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

(٢) النساء / ٢٩

(٣) المحلى (١٧١/١٠) .

(٤) التوبة : ٩١

(٥) الشورى : ٤٢

قال ابن حزم : " والمستعير مالم يتعد ولاضيع محسن فلا سبيل عليه بنص القرآن والغُرْمُ سبيل بيقين فلاغرم عليه "[1] .

(٣) رُوِيَ عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : " العارية ليست بيعا ولامضمونه انما هو معروف الاأن يخالف فيضمن "[2] .

(٤) وَرُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : " العارية بمنزلة الوديعة ولاضمان فيها الاأن يتعدى "[3] .

ثالثا : استدل المالكية على قولهم بأنه يضمن مايغاب عليه الاأن يقيم بينة على أنه هلك من غير تعديه ولاتفريطه بدليل عقلى وهو أن ضمان العوارى عندهم ضمان تهمة فالمستعير لما يغاب عليه متهم حتى يثبت أنه برئ مما ينسب اليه من التعدى أو التفريط ولايكون ذلك الا باقامة البينة[4] .

وهذا فى نظرى دليل ضعيف وقد رد عليه ابن حزم[5] فقال : " ليس بالتهمة تستحل أموال الناس لأنها ظن والله تعالى قد أنكر اتباع الظن فقال تعالى : " إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَايُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْئًا "[6] وقال : " ويلزمكم اذا أعملتم الظن أن تُضَمِّنُوا المتهم ولاتُضَمِّنُوا من لايتهم كما يقول شريح ،ويلزمكم أن تُضَمِّنُوا الوديعة أيضا بهذه التهمة " .

رابعا : استدل الشافعية والحنابلة على قولهم بالأثر والنظر :

أما الأثر :

(١) فما روى أبو داودعن الحسن عن سمره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤدى "[7] .

---

(١) المحلى (١٠/١٧١) .

(٢) مصنف عبدالرزاق (٨/١٧٩)، المحلى (١٠/١٧٠) قال ابن حزم وهذا صحيح عن على .

(٣) مصنف عبدالرزاق (٨/١٧٩)، المحلى (١٠/١٧٠) .

(٤) حاشية الدسوقى (٣/٣٤٦) .

(٥) المحلى (١٠/١٦٣) .

(٦) النجم : ٢٨

(٧) رواه أبو داود (٣/٨٢٢) كتاب البيوع باب (٩٠)،والترمذى (٣/٥٥٧) ، كتاب البيوع باب (٣٩) وقال هذا حديث حسن صحيح،وابن ماجه (٢/٨٠٢)، كتاب الصدقات باب (٥)،والحاكم فى المستدرك (٢/٤٧) وقال صحيح على شرط البخارى ووافقه الذهبى .

قال الخطابي [١] : "في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة وذلك أن "على" كلمة إلزام واذا حصلت اليد آخذة صار الأداء لازما لها . والأداء قد يتضمن العين اذا كانت موجودة والقيمة اذا صارت مستهلكه ولعله أملك بالقيمة منه بالعين " .

وقد نوقش هذا الدليل بأنه ضعيف لأن الحسن لم يسمع من سمرة . فقد قال ابن حزم [٢] : " الحسن لم يسمع من سمره " .

وقال ابن حجر [٣] : " والحسن مختلف في سماعه من سمره " .

وقال ابن القيم [٤] : " اختلف أهل الحديث في سماع الحسن عن سمره .... وحديث الحسن هذا عن سمره في العارية أخرجه الحاكم في صحيحه وقال : هو على شرط البخاري وفيما قاله نظر" .

وقد ضعف هذا الحديث الألباني فقال : " هو صحيح على شرط البخاري لو أن الحسن صَرَّحَ بالتحديث عن سمره فقد أخرج البخاري عنه به حديث العقيقة أما وهو لم يصرح به بل عنعنه وهو مذكور في المدلسين فليس الحديث اذن بصحيح الاسناد وقد جرت عادة المحدثين اعلال هذا الاسناد بقولهم والحسن مختلف في سماعه من سمره" [٥] .

ثم لو صح فقد قال ابن حزم [٦] : " فليس منه الا الأداء وهكذا نقول والأداء غير الضمان في اللغة والحكم ويلزمهم اذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يُضَمِّنُوا بذلك المرهون والودائع لأنها مما قبضت اليد" .

واستدل على قوله ان الأداء غير الضمان بما رواه أبو داود عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم "اذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا" قال فقلت يارسول الله أعارية مضمونة . أو عارية مؤداة ؟ قال بل مؤداة" [٧] .

---

(١) معالم السنن (٨٢٢/٣) .
(٢) المحلى (١٦٩/١٠) .
(٣) التلخيص الحبير (٦٠/٣) .
(٤) تهذيب سنن أبي داود مع المختصر (١٩٧/٥) .
(٥) انظر ارواء الغليل (٣٤٩/٥) .
(٦) المحلى (١٦٩/١٠) .
(٧) رواه أبو داود (٨٢٦/٣) كتاب البيوع باب (٩٠)، والدارقطني (٣٩/٣) كتاب البيوع .

قال ابن حزم : "فهذا حديث حسن ليس في شئ مما روى في العارية خبر يصح غيره وأما ماسواه فلا يساوى الاشتغال به وقد فرق بين الضمان والأداء وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان "[(١)] .

قلت : ومما يؤيد ضعف الاستدلال بهذا الحديث على ضمان العارية أنه قد جاء في آخر الحديث من رواية أبي داود قوله : " ثم ان الحسن نسى فقال هو أمينك لاضمان عليه"[(٢)] زاد في الترمذي : " يعني العارية"[(٣)] .

(٢) ماروواه أبو داود عن أميه بن صفوان بن أميه عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أَدْرُعاً يوم حنين فقال أغصباً يامحمد ؟ فقال لا بل عارية مضمونة"[(٤)] .

قال الخطابي : "وهذا يؤكد ضمان العارية وفي قوله عارية مضمونة بيان ضمان قيمتها اذا تلفت لأن الأعيان لاتضمن ومن تأوله على أنها تؤدى مادامت باقية فقد ذهب عن فائدة الحديث "[(٥)] .

وحديث صفوان هذا ضعفه بعض أهل الحديث وأعلوه بالاضطراب في سنده ومتنه قال ابن عبد البر : "حديث صفوان هذا اُخْتُلِفَ فيه على عبدالعزيز ابن رفيع اختلافا يطول ذكره فبعضهم يذكر فيه الضمان وبعضهم لايذكره وبعضهم يقول فيه عن عبدالعزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكه عن أميه بن صفوان عن أبيه وبعضهم يقول عن عبدالعزيز عن ابن أبي مليكه عن ابن صفوان قال استعار النبي صلى الله عليه وسلم لايقول عن أبيه ......[(٦)]

---

(١) المحلى (١٠/١٦٩) .

(٢) سنن أبي داود (٣/٨٢٢) كتاب البيوع باب (٩٠) .

(٣) سنن الترمذي (٣/٥٥٧) البيوع باب (٣٩) .

(٤) سنن أبي داود (٣/٨٢٢) كتاب البيوع باب (٩٠)، الامام أحمد (٦/٤٦٥) في المسند . الحاكم في المستدرك (٢/٤٧) . وقد رواه الحاكم من طريق آخر غير هذا الطريق (٣/٤٨ - ٤٩) وصححه ووافقه الذهبي لكن هذا الطريق فيه أيضا أحمد بن عبدالجبار بن محمد العطاردى قال عنه ابن حجر ضعيف وسماعه للسيرة حسن انظر تقريب التهذيب (١/١٩) وراجع هامش تحفة المحتاج للمحقق (٢/٢٧٨) . وقد صحح هذا الحديث بشواهده الألباني راجع ارواء الغليل (٥/٣٤٤)، وراجع هامش شرح السنة للمحقق (٨/٢٢٤)، وقد قال الحديث صحيح .

(٥) معالم السنن (٣/٨٢٣) .

(٦) التمهيد (١٢/٤٠ - ٤١) .

والاضطراب فيه كثير ولايجب عندى بحديث صفوان هذا حجة فى تضمين العارية والله أعلم" .

وقد ساق ابن حزم طرق هذا الحديث وأعلها كلها وضعفها[١] .

وقال ابن حجر : "وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث"[٢] .

وقال أبو داود حينما روى هذا الحديث : " وهذه رواية يزيد ببغداد وفى روايته بواسط تغير"[٣] .

وقد رَدّ الحنفية هذا الدليل أيضا بعلة الاضطراب فقد قال الكاسانى[٤] : "ولاحجة له فى حديث صفوان لأن الرواية قد اختلفت فقد رُوِيَ أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل اليه فَأَمَّنَهُ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنينا فقال هل عندك شئ من السلاح ؟ فقال عارية أو غصبا ؟ فقال عليه الصلاة والسلام عارية فأعاره ولم يذكر فيه الضمان . والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج" .

وقال الحنفية ولو صح فيحمل على ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير[٥] .

يقول الزيلعى فى معرض جوابه عن الاستدلال بهذا الحديث :"ولأن صفوان كان حربيا فى ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربى والمسلم مالايجوز بين المسلمين"[٦] .

قلت : ولم يكن صفوان حربيا بل كان مستأمنا وقد علق على كلامه هذا الشلبى[٧] فقال : " قوله ولأن صفوان كان حربيا " أى كان مستأمنا" .

وقيل أيضا ان الدروع كانت أمانة لأهل مكة عند صفوان فاستعارها

---

(١) راجع المحلى (١٦٥/١٠) ومابعدها .
(٢) التلخيص الحبير (٦٠/٣) .
(٣) سنن أبى داود (٨٢٦/٣) كتاب البيوع باب (٩٠) .
(٤) بدائع الصنائع (٢٩٠٦/٨) .
(٥) المرجع السابق ،تبيين الحقائق (٨٥/٥)، المبسوط (١٢٦/١١) .
(٦) تبيين الحقائق (٨٥/٥) .
(٧) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المُودَع وهو ضامن عند من لايقول بالضمان على المستعير كالحنفية (١) .

وقيل ان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دَلَّ عليه قوله أغصبا يامحمدا الا أنه اذا كان محتاجا الى السلاح كان الأخذ له حلالا شرعا ولكن بشرط الضمان كمن أصابته مخمصه له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (٢) .

قلت : وهذا احتمال قوى لو صح الحديث . وهذه الاحتمالات التى تطرقت الى الحديث كثيرة فلو صَحَّ لما صح الاستدلال به لأن الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال كساه ثوب الاجمال فسقط به الاستدلال .

(٣) ماروا‌ه أبو داود عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول العارية مؤداة ...الحديث (٣)
قال الخطابى : "قوله مؤداه قضية الزام فى أدائها عينا حال القيام وقيمة عند التلف" (٤) .

وقد ضعف ابن حزم أسانيد هذا الحديث بطرقه المتعددة وقال : "ثم

---

(١) المبسوط (١٣٦/١١) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) سنن أبى داود (٨٢٥/٣) كتاب البيوع باب (٩١)، الترمذى (٥٥٦/٣) كتاب البيوع باب (٣٩) قال الترمذى حديث أبى أمامه حديث حسن غريب وقد رُوِيَ عن أبى أمامه عن النبى صلى الله عليه وسلم من غير هذا الوجه ورواه الامام أحمد فى المسند (٢٦٧/٥) وقال البغوى عن هذا الحديث حسن انظر شرح السنة (٢٢٥/٨) قال الأرناؤوط محقق شرح السنة : "وشرحبيل بن مسلم وان كان فيه لِيْنٌ قد تابعه حاتم بن حريث الطائى عند ابن حبان ... وللحديث شاهد عند أحمد من حديث ابن المبارك عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبى سعيد عن مَنْ سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول ان العارية مؤداة واسناده صحيح" . قال الهيثمى فى مجمع الزوائد (١٤٥/٤) وعن سعيد عن من سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول ألا ان العارية مؤداة ..... رواه أحمد ورجاله ثقات" . قلت : وأخرجه ابن حبان عن حاتم بن حريث الطائى . انظر موارد الظمآن (ص ٢٨٥) باب ماجاء فى العارية .
(٤) معالم السنن (٨٢٥/٣) .

لو صحت هذه الألفاظ لما كان فيها الا أنها مؤداة وهكذا نقول ان أداءها فرض والتضمين غير الأداء وليس فيه أنها مضمونة أصلا "[1] .

وقال ابن عبد البر[2] : "ومن قال ان العارية لاتضمن قال فى قوله صلى الله عليه وسلم العارية مؤداة دليل على أنها أمانة لأن الله عز وجل يقول : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها" فجعل الأمانات مؤداة . قال ويحتمل قوله العارية مؤداة ، اذا وجدت قائمة العين وهذا مالايختلف فيه وانما التنازع فيها اذا تلفت هل يجب على المستعير ضمانها" .

أما استدلالهم بالنظر فقد قالوا : انه أخذ مُلْكَ غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن فى الاتلاف فكان مضمونا كالغاصب وكالمأخوذ على وجه السوم[3] .

وقد أجاب الحنفية عن ذلك بقولهم : " وأما قوله قَبَضَ مال الغير لنفسه فنعم ،لكن قَبْضُ مال الغير لنفسه بغير اذنه لايصلح سببا لوجوب الضمان[4] ... فمع الاذن أولى ،والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطى بشرط الخيار الثابت دلالة"[5] .

وحجتهم فى التفريق بين ماتلف بالاستعمال وماتلف بدونه حيث قالوا ان ماتلف بالاستعمال غير مضمون قالوا : لأن الاذن فى الاستعمال تَضَمَّنَ الاذن فى الاتلاف الحاصل به وما أذن فى اتلافه لايضمن كالمنافع[6] .

قلت : أدلتهم النقلية التى استدلوا بها لاتفرق بين ماتلف بالاستعمال وبغيره فلزمهم عدم التفريق بين الحالتين .

---

(١) المحلى (١٠/١٦٨) .

(٢) التمهيد (١٢/٣٩) . وراجع بدائع الصنائع (٨/٣٩٠٦) .

(٣) المغنى (٥/١٦٤) ،كشاف القناع (٤/٧٦) .

(٤) القبض الذى لايوجب الضمان هو القبض المأذون فيه ولايخلو الاذن أن يكون من صاحب المال أو من الشارع فالحنفية ربما انهم يقصدون من قولهم القبض بغير اذن المالك أى باذن من الشارع أما القبض بغير اذن المالك والشارع وهو الغصب فهم لايختلفون مع الفقهاء أنه مضمون عليه فليتنبه الى ذلك .

(٥) بدائع الصنائع (٨/٣٩٠٦) ، المبسوط (١١/١٣٦) .

(٦) كشاف القناع (٤/٧٨) .

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم على صحة ماذهبوا اليه ومناقشتها تبين لى أن أصحاب القول الثانى وهم المالكية متفقون مع أصحاب القول الأول على أن يد المستعير يد أمانة الا أن المالكية يضمنون المستعير متى قامت التهمة بأن كانت العين المستعارة مما يمكن اخفاؤه ونحو ذلك فهذا الضمان ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يسقط بقيام البينة على أن العين المستعارة تلفت بغير سببه ومن غير تفريطه .

وتبين لى أيضا أن أصحاب القول الثالث وهم الشافعية والحنابلة يتفقون مع أصحاب القول الأول على أن التلف بالاستعمال المأذون فيه غير مضمون .أما التلف بالاستعمال غير المأذون فيه فهو مضمون عند الجميع حتى من قال بأن يد المستعير يد أمانة .

وانما الخلاف قد حصل فى حالة واحدة وهى تلف العين المستعارة فى غير حال الاستعمال فأصحاب القول الأول يقولون انها أمانة لاتضمن الا بالتعدى والتفريط .

وكذلك المالكية يقولون ان تلفها غير مضمون اذا قامت البينة على أنها تلفت من غير سببه أو تفريطه .

أما أصحاب القول الثالث فيقولون انها مضمونة على المستعير اذا تلفت مطلقا . أى سواء تلفت بتعديه أم بغيرتعديه بتفريطه أم بغيرتفريطه .

ففرقوا بين التلف حال الاستعمال والتلف فى غير حال الاستعمال .

والذى يظهر لى أن هذا التفريق ضعيف حيث لادليل عليه وقد أشرنا الى أن الأحاديث التى استدلوا بها مع ضعفها لم تفرق بين ماتلف بالاستعمال وبغيره .

ولو انهم قالوا بالضمان فى حال الاستعمال وعدم الضمان فى غير حال الاستعمال لكان أقرب عقلا وذلك لقوة التهمة فى الأولى دون الثانية .

فان قالوا : قد أذن المالك بالاستعمال.قيْلَ وقد أَذِنَ بالقبض فلافرق فاذا قبضها صارت كالوديعة عنده لايضمنها الا بالتعدى أو التفريط .

والحاصل أنه يلزمهم أن يقولوا بالضمان مطلقا بمجرد القبض سواء استعملها أو لم يستعملها لظهور ضعف التفريق بين الحالتين . أو يقولوا

بعدم الضمان الا اذا تعدى أو فرط سواء استعملها أو لم يستعملها لأنـــه قد قبضها باذن المالك واذا قبضها باذنه لايجب عليه الضمان الابالتعـدى والتفريط وهو القول الموافق لما ذهب اليه الحنفية والظاهرية وهــو الراجح فى نظرى لعدم صحة الأحاديث التى تقول بضمان العين المستعــارة ولضعف دلالتها على محل النزاع على فرض صحتها لورود الاحتمالات عليهـــا والله أعلـــم ٠

المطلب الثانى : فى الرد المبرىء من الضمان (١)

لاخلاف بين الفقهاء فى أن المستعير يبرأ من ضمان العارية اذا ردها الى يد صاحبها أو وكيله فى القبض زاد الشافعية أو الحاكم عند غيبته أو حجره عليه بسفه أو فلس .

لكن الخلاف حصل فى مسألتين :

(الأولى) أن يَرُدَّ العين المستعاره الى من جرت العادة بالرد اليه كزوجته المتصرفة فى ماله ورد الدابة الى سائسها ونحو ذلك .

فالحنفية والحنابلة اعتبروا هذا الرد مبرءا من الضمان فاذا ردها الى هؤلاء ثم تلفت فانه لاضمان عليه .

وخالف فى ذلك الشافعية فقالوا الرَّدّ المبرىء مقصور على الرد ليد صاحبها أو وكيله فى القبض فلا يبرأ بالرد الى ولده وزوجته اذا لم يخبر المالك أو وكيله فلو تلفت والحالة هذه فللمعير تضمين المستعير ثم يرجع المستعير على الزوجة أو الولد . وله أن يُضَمِّنَ الزوجة أو الولد وليس لهما الرجوع على المستعير فى هذه الحالة لأن التلف حصل فى أيديهما .

(الثانية) أن يَرُدَّ العين المستعارة الى ملك صاحبها مثل أن يرد الدابة الى الاصطبل والثوب الى دار المالك فالحنفية قد اعتبروا أن هذا الرد مُبْرِئ استحسانا للعادة الجارية فى ذلك والقياس لايبرأ لأنه لم يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضيعا .

وذهب الحنابلة والشافعية الى أن المستعير لايبرأ بمثل هذا الرد فلو تلفت صارت من ضمان المستعير .

ولعل الاختلاف فى هذه المسائل اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة

---

(١) راجع فى هذا المطلب : بدائع الصنائع (٣٩٠٧/٨)، المبسوط (١٤٤/١١) ، تبيين الحقائق (٨٩/٥ - ٩٠)، الهداية (١٧/٩)، مجمع الأنهر (٣٥١/٢) ، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٨٩/٥)، المغنى (١٦٦/٥)، الانصاف (١١٧/٦) كشاف القناع (٨٠/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٩٨/٢)، روضة الطالبين (٤٤٦/٤)، (٦٧/٥)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٢٧/٢) .

وبرهان وهذا مايظهر من نصوص الفقهاء في هذه المسائل ،فقد قال الكاساني[1] "ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله[2] ،أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لايضمن استحسانا" .

وقال في موضع آخر معللا ذلك : "للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من في عياله ،حتى لو كانت العارية شيئا نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لايصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفيسة[3] " .

وقال الزيلعي[4] : "وقيل هذا في عادتهم . وفي زماننا لايبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها" .

وقال ابن قدامة[5] : "وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة فإنّ رَدّ العواري في العادة يكون الى أملاك أربابها فيكون مأذونا فيه من طريق العادة" قال ابن قدامة :"ولاتعرف العادة التي ذكرها" .

وهذا دليل على أن العادة هي المُحَكَّمَة في هذا الموضوع اذ مفهوم قول ابن قدامة " ولاتعرف العادة التي ذكرها" أنها لو عرفت لكانت مُحَكَّمَة يدل على ذلك قوله : " وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه ،كزوجته المتصرفة في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ .... ولأن ذلك مأذون فيه عرفا أشبه مالو أُذِنَ فيه نطقا" .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٩٠٧/٨) .

(٢) وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريبا أو أجنبيا من ولده أو امرأته وخدمه وأجيره الا الذي استأجره بالدراهم وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المعزول عن بيته . انظر بدائع الصنائع (٣٨٨٢/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٩٠/٨) .

(٤) تبيين الحقائق (٨٩/٥) .

(٥) المغني (١٦٦/٥) وراجع في مثل ذلك شرح منتهى الارادات (٣٩٨/٢) ، كشاف القناع (٨٠/٤) .

فتبين لنا من هذه النصوص أن تلك الأحكام قد جرت على مقتضى الأعراف والعوائد فى زمن الفقهاء فعليه متى اختلفت تلك العوائد والأعراف فى زمن من الأزمان أو بلد من البلدان فانه يلزم الانتقال الى تلك العادة أو الى ذلك العرف الجديد والحكم بمقتضاه وقد نص الفقهاء على ذلك وأشرنا اليه فى مباحث الوقف فأغنى عن ذكره هنا ولله الحمد .

المطلب الثالث : الرجوع فى العارية اذا ترتب عليه اتلاف مال للمستعير

يحصل أن يعير شخص شخصا أرضا ليزرع فيها زرعا أو يغرس فيها غرسا أو يبنى فيها أو يسقفها ويستغلها مستودعا لبضائعه ونحو ذلك مما يكلف المستعير فى بعض الأحيان أموالا كثيرة فاذا فرغ المستعير من البناء أو الغرس اراد المعير أن يرجع فى أرضه هذه صورة المسألة التى نريد أن نبحثها فى هذا المطلب وهى ليست من المسائل الفرضية القليلة الوقوع بل هى مما تعم به البلوى وتكثر فيه الخصومات الا أنها قد تنتهى بالصلح بين الطرفين أو باختيار المستعير قصر الخصومة وانهاءها وازالة ما أحدثه فى هذه الأرض من غير حاجة لرفعها للقضاء لطلب الحكم الشرعى وبتتبع أقوال الفقهاء فى هذه المسألة تبين لى مايأتى :

(١) أن ما أحدثه المستعير فى المعار اذا كان له نهاية معلومة كالزرع فى الأرض المعاره فليس للمعير الرجوع فى عارية أرضه حتى يحصد الزرع الا أن له الحق فى أن يتقاضى أجرة المثل من يوم رجوعه الى أوان تفريغ الأرض المستعارة وهذا قول الحنفية (١) استحسانا وقول المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) الا أن المالكية لايقولون بالأجرة جاء فى المدونة (٥) : " قلت أرأيت ان أعرته أرض يزرعها فلما زرعها أردت أن أخرجه منها أيكون ذلك لى أم لا قال ليس ذلك لك حتى يتم زرعه لأن الزرع لايباع حتى يبدو صلاحه فتكون فيه القيمة فلذلك خالف البناء والغرس . قلت فهل تجعل لرب الأرض الكراء من يوم قال للمستعير اقلع زرعك فى قول مالك ؟ قال : لا . ألاترى أنه

---

(١) المبسوط (١٤٢/١١)،بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨)،تبيين الحقائق (٨٨/٥) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتقى بهامشه (٣٥٠/٢) ، الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه (٦٨٢/٥) .

(٢) المدونة (١٦٦/٦)،جواهر الاكليل (١٤٦/٢)،الشرح الكبير (٤٣٩/٣) .

(٣) نهاية المحتاج (١٤١/٥)،روضة الطالبين (٤٤٠/٤)،المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٧٣/٢) .

(٤) كشاف القناع (٧٣/٤)،شرح منتهى الارادات (٣٩٥/٢)،المحرر (٣٦٠/١) ، واختار أنه لاأجرة عليه،التنقيح المشبع (ص ٢٢٨)،الانصاف (١٠٦/٦،١٠٩) المغنى (١٧١/٥) .

(٥) (١٦٦/٦) .

ليس لرب الأرض أن يقلع زرعه فلما لم يكن له أن يقلع زرعه لم يكن عليه كراء" .

وأما القياس عند الحنفية فانه يقتضى عدم التفريق بين الزرع وهو ماله وقت معلوم ينتهى اليه وبين غيره مما ليس له نهاية فاذا انتهى العقد كان له حق التفريغ .

أما الاستحسان فوجهه كما ذكره الشلبى (١) : "أنا لو أمرناه بالقلع لأضررنا به فى غير نفع يعود الى المالك ولو بَقّيْنَاه لنفعناه من غير ضرر يعود الى المالك لأنا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى " .

وقد استثنى الشافعية والحنابلة من قولهم أنه يلزم ابقاء الزرع حتى يحصد ما اذا كان الزرع لاينقص بالقلع أو أُعْتِيدَ قلعه لكونه قَصِيْلاً أي شَتْلاً فان المستعير يكلف القلع لانتفاء الضرر .

كما استثنى الشافعية ما اذا كانت العارية مقيدة بمدة معينة فلم يدرك الزرع فى هذه المدة المحددة بتقصير من المستعير وذلك بتأخير الزراعة أو زَرَعَ غير المُعَيَّن مما يبطىء أكثر منه ونحو ذلك مما يُعَدُّ تقصيرا من المستعير فانه فى هذه الحالة يلزمه أن يقلع مجانا ويفرغ الأرض لصاحبها مع تسويتها حتى تعود كما كانت قبل العارية . فاذا لم يُقَصِّر لم يلزمه أن يقلع مجانا سواء كان عدم الادراك لنحو بَرْدٍ أو حَرّ أم لقصر المدة المعينة .

وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة حيث نَصّوا على ذلك فى الاجارة (٢) فيما اذا انتهت المدة ولافرق عندهم فى أحكام استيفاء المنفعة بين المستعير والمستأجر (٣) .

(٢) ان كان ماأحدثه المستعير فى المعار ليس له نهاية معلومة كالبناء والغرس ومايجرى مجراهما فى الأرض المعارة فقد اختلف

---

(١) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (٨٨/٥)، وراجع المبسوط (١٤٢/١١) ، بدائع الصنائع (٣٩٠٤/٨) .

(٢) كشاف القناع (٤٨/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٨٢/٢) .

(٣) راجع فى ذلك كشاف القناع (٧٥/٤) .

الفقهاء فى ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول :

يرى الحنفية[(١)] التفريق بين حالتين :

(الأولى) اذا كانت العارية مطلقة لم تحدد بوقت معين فان للمعير أن يرجع فى أيّ وقت شاء ويُكلِّفُ المستعير قلع البناء أو الغرس وهذا بناء على أن عقد العارية عقد جائز وغير لازم لكل من الطرفين وصاحب البناء والغرس لَمّا بنى على بقعة هى مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضيا بأن يهدم عليه بناؤه وغرسه لأنه ملكه وقد شَغَلَ أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولاضمان على صاحب الأرض .

وللمعير أن يأخذ ما أُحْدِثَ فى الأرض من الغرس والبناء بقيمته مقلوعا اذا كانت الأرض تتضرر بالقلع والهدم فحينئذ يضمن له قيمتها مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف أرضه وليس للمستعير أن يرفض ذلك لأن المعير صاحب الأصل وهو المتضرر بالقلع .

(الثانية) اذا كانت العارية مؤقتة بمدة فَرَجَعَ المعير قبل انتهاء المدة فانه يضمن للمستعير أرش النقص لأنه بذلك يصير غَارّاً للمستعير حيث نص على تركها فى يده مدة محددة وظاهر حال المسلم أن يَفِيَ بالوعد فيكون المستعير مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه . بناء على ذلك . فان البناء أو الغرس يُقَوَّمُ قائما غَيْرَ مقلوع ثم يُقَوَّمُ مقلوعا ويرجع المستعير على المعير بالفرق بين القيمتين .

ووجه التفريق بين العارية المطلقة والمقيدة عندهم ذكره السرخسي فقال[(٢)] : "كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولاحاجة الى التوقيف فى

---

(١) المبسوط (١٤١/١١)،تبيين الحقائق (٨٨/٥)،بدائع الصنائع (٣٩٠٣/٨ - ٣٩٠٤)،الهداية مع نتائج الأفكار (١٤/٩)،مجمع الأنهر والدر المنتقى بهامشه (٣٤٩/٢ - ٣٥٠)،الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٨١/٥) .

(٢) المبسوط (١٤٢/١١)،وراجع تبيين الحقائق (٨٨/٥) .

تصحيح العارية . فلابد أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى ،وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لى فى هذه الأرض لنفسك على أن أتركها فى يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ماتنفق فى بنائك ويكون بناؤك لى فاذا بداله فى الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره" .

القول الثانى :

وهو مذهب المالكية[1] وقد بنوا رأيهم فى هذه المسألة على ضابطين :

الضابط الأول :

توقيت العارية ملزم للمعير . بناء عليه فمن أعار بقعة من الأرض ليبنى فيها المستعير أو يغرسها مدة محددة فليس له عند المالكية أخذها من المستعير قبل مضى المدة .

فاذا انتهت المدة المشترطة فى عقد الاعارة فحكم بناء المستعير أو غرسه كحكم بناء الغاصب أو غرسه فيخير مالك الأرض فى تكليف البانى أو الغارس بقلع الغرس ونقل النُّقْضِ وتسوية الأرض . أو بدفع قيمة البناء أو الغرس الى المستعير مقلوعا مطروحا منها أجرة القلع والتسوية ان كان البانى والغارس لايتولاهما بنفسه ولابِخَدَمِهِ . جاء فى المدونة[2] "قلت أرأيت ان كنتُ وَقَّتُّ له وَقْتاً فبنى وغرس أيكون لى أن أخرجه قبل مضى الوقت وأدفع اليه قيمة بنيانه وغراسه فى قول مالك ؟ قال : لا " .

وقال أيضا : "قلت أرأيت لو أنى أعرت رجلا يبنى فى أرضى أو يغرس فيها وضربت لذلك أجلا فبنى وغرس فَلَمَّا مضى الأجَلَ أردتُ اخراجه . قال :

---

(١) المدونة (١٦٥/٦ - ١٦٦) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٤٣/٢)،جواهر الاكليل (١٤٦/٢)، الشرح الكبير (٤٣٩/٣)، الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢٠٨/٢) .

(٢) (١٦٥/٦) .

قال مالك :يخرجه ويدفع اليه قيمة نقضه منقوضا ان أحب رب الأرض وان أبى قيل للذى بنى وغرس اقلع نقضك وغراسك ولاشىء لك غير ذلك " .

الضابط الثانى :

من أعار شيئا عارية مطلقة فليس له أخذه من المستعير حتى ينتفع به الانتفاع المعهود بمثله فى العوارى فى تلك المدة . بناء على ذلك :

اذا أعاره أرضا للبنيان أو للغرس ولم يضرب لذلك مدة فليس للمعير أن يرجع حتى ينتفع بها المستعير مِثْلَ مايعتاد الناس ويتعارفون من منفعة تلك العارية فان أخرجه قبل ذلك لزمه أن يعطيه ماأنفق فى البنيان كاملا وهو تحصيل مذهب مالك وهو المعمول فيه كما يقول ابن عبد البر (١) .

وان سكن ماجرى فى عرف الناس وأراد رب البقعة اخراجه بعد ذلك كان ذلك له وكان بالخيار بين أن يدفع له قيمته منقوضا أو يَأْمُرَهُ بالنقض قال ابن عبد البر (٢) : "الخيار فى ذلك لرب الأرض لم يُخْتَلَفْ عن مالك فى ذلك كما لو أخرجه عند انقضاء المدة المعلومة" .

أى أن الحكم واحد فى العارية المطلقة اذا انتفع بها القدر الذى يعد انتفاعا عرفا والعارية المقيدة بمدة اذا انتهت المدة المضروبة فى أن للمعير الخيار بين أن يأمر المستعير بالقلع ونقل الأنقاض وتسوية الأرض وبين أن يدفع له قيمة البناء أو الغرس مقلوعا مطروحا منها أجرة القلع والتسوية ان كان المستعير لايتولى القلع والتسوية بنفسه كما أسلفنا فى الضَّابِطِ الأَوَّلِ .

ومتى قال المالكية بأن على المستعير أن ينقض ماأحدثه فى ملك المعير فهو مُقَيَّدٌ بما له فيه منفعة أما مالامنفعة فيه له فانه يلزمه ابقاؤه وعدم نقضه ،جاء فى المدونة (٣) : " قلت وماكان لامنفعة له فيه

---

(١) الكافى (١٤٣/٢) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) (١٦٥/٦) .

اذا نُقِضَ فليس له أن ينقضه فى قول مالك ؟ قال نعم" وقال فى موضع آخر : "قلت أرأيت كل ماليس للذى بنى وغرس فيه منفعة اذا قلعه فأراد رب الأرض أن يعطيه قيمة عمارته ويمنعه من القلع أيعطيه قيمة هذا الذى إنْ قَلَعَهُ لم يكن له فيه منفعة فى قول مالك ؟ قال : لا . لايعطيه قيمة هذا الذى لامنفعة له فيه على حال من الحالات لأنه لايقدر على قلعه صاحب العمارة فكيف يأخذ له ثمنا" (١) .

ومتى قال المالكية فى العارية المطلقة ان المعير اذا أراد اخراج المستعير قبل بقائه المدة المعتادة فعليه أن يدفع له ماأنفق فانهم يقصدون بذلك أحد أمرين: إمَّا قدر ماأنفقه حقيقة أو قِيمَتُهُ وقد ورد فى المدونة مرة أنه يدفع له ماأنفق ومرة يدفع له قيمة ماأنفق (٢) . وقد استشكله خليل كما هو ظاهر قوله : " وله الاخراج فى كبناء ان دَفَعَ ماأنفق وفيها أيضا قيمته وهل خلاف . أو قيمته ان لم يشتره أو ان طال أو ان اشتراه بغبن كثير تأويلات " (٣) .

فقد تساءل خليل هل ماورد فى المدونة مرة بلفظ ماأنفق ومرة بلفظ قيمته مسألة خلافية . أو أنه يمكن استعمال كلا القولين بحيث يدفع ماأنفق فى حال وفى حالة أخرى يدفع قيمة ماأنفق وهو جمع بين القولين حَسَنٌ فجعل فيها التأويلات التالية :

(١) يدفع قيمة ماأنفق ان لم يشتر مابَنَىٰ به أو غرس به بأن كان من عنده فان اشتراه من السوق بثمن دَفَعَ له ماأنفقه .

(٢) يدفع له قيمة ماأنفق ان طال الزمان على البناء أو الغراس قبل اخراجه لتغيره فان كان الزمن قريبا جدا بحيث لايحصل التغير للبناء أو الغرس دفع له ماأنفق .

(٣) يدفع له قيمة مابَنَىٰ به أو غرس اذا اشتراه بغبن فاحش فيدفع له

---

(١) المدونة (١٦٦/٦) .
(٢) (١٦٥/٦) .
(٣) انظر مختصر خليل مع شرحه جواهر الاكليل (١٤٦/٢) .

القيمة بالعدل أما اذا اشتراه بغير غبن أو بغبن يسير فيدفع له ما أنفق .

القول الثالث :

وهو للشافعية[(١)] والحنابلة[(٢)] وقد فرقوا فى هذه المسألة بين حالتين :

(الحالة الأولى) ان شرط المعير على المستعير أنه متى رجع فى العارية أن عليه أن يزيل ما أحدث فيها مجانا ثم رجع المعير فانه يلزم المستعير ازالة ما أحدثه فى الأرض ولايلزمه تسوية الأرض اذا حصل فيها حَفْرٌ الا بشرط المعير ذلك أيضا لرضاه به حيث لم يشترطه على المستعير فان شرطه عليه لزمه لدخوله على ذلك .

وقد استدلوا على ذلك بالأثر والنظر : أما الأثر :

فما رواه البخارى مُعَلَّقاً قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم"[(٣)] .

وأما النظر : فان المستعير دخل فى العارية راضيا بالتزام الضرر الذى دخل عليه .

(الحالة الثانية) ان لم يشترط المعير على المستعير القلع عند رجوعه فانه لايلزم المستعير القلع مجانا عند رجوع المعير فى عاريته .

---

(١) نهاية المحتاج (١٣٧/٥)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢٧١/٢ - ٢٧٢) روضة الطالبين (٤٣٩/٤) ومابعدها، المهذب (٤٧٩/١) .

(٢) كشاف القناع (٧٢/٤)، شرح منتهى الارادات (٣٩٤/٢)، التنقيح (ص ٢٢٨) ، الانصاف (١٠٦/٦) ومابعدها، المغنى (١٧١/٥)، المحرر (٣٦٠/١) .

(٣) صحيح الامام البخارى (٥٢/٣) كتاب الاجارة باب (١٤) قال ابن حجر : "هذا أحد الأحاديث التى لم يَصِلْهَا المصنف فى مكان آخر وقد جاء من حديث عمر بن عوف المزنى وأبى هريرة وغيرهما . انظر فتح البارى (١٧/١٠) . ورواه الترمذى موصولا من حديث عبدالله بن عمر بن عوف المزنى عن أبيه عن جده (٦٢٦/٣) كتاب الأحكام باب (١٧) وقال هذا حديث حسن صحيح . لكن فى اسناده كثير بن عبدالله وهو ضعيف عند الأكثر لكن البخارى ومن تبعه كالترمذى وابن خزيمة يُقَوُّونَ أَمْرَهُ كما يقول ابن حجر . انظر فتح البارى (١٧/١٠) . ورواه أبو داود (٢٠/٤) كتاب الأقضية باب (١٢) .

واستدلوا على ذلك بالأثر والنظر :

أما الأثر : فما رواه البخارى مُعلّقاً عن عمر وابن عوف عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال فى غير حق مسلم وليس لعرق ظالم فيه حق[(١)] .

قالوا : فدل مفهوم المخالفة على أن العرق الذى ليس بظالم له حق .

أما النظر :

(١) أن المستعير انما حصل غراسه وبناؤه فى الأرض باذن ربها ولم يشترط عليه قلعه فلم يلزمه لدخول الضرر عليه بنقص قيمة ذلك .

(٢) أن العارية عقد ارفاق ومعونة والزامه بالقلع مجانا يخرجه الى حكم العدوان والضرر .

قالوا الا اذا اختار المستعير القلع فانه يقلع ولا أرش له لأنه قد تصرف فى ملكه مسقطا فى هذا التصرف حقه راضيا بالنقص الذى سيلحقه من هذا التصرف . ثم ان عليه أيضا اذا قلع باختياره أن يسوى الأرض ويردها الى ماكانت عليه ورجحه النووى وعَبّر عنه بالأصح[(٢)] وهو المذهب عند الحنابلة قاله المرداوى[(٣)] .

ومرادهم بالتسوية اعادة تراب الحُفَرِ اليها فلا يكلف ترابا آخر كما يقول الرملى[(٤)] .

---

(١) صحيح الامام البخارى (٧٠/٣) كتاب الحرث والمزارعة باب (١٥) وقد وصله ابن حجر من عدة طرق راجع فتح البارى (٨٥/١٠) ورواه ابوداود (٤٥٤/٣) كتاب الأمارة باب (١٥)، والترمذى (٦٥٣/٣) كتاب الأحكام باب (٣٨)، والامام مالك فى الموطأ (٧٤٣/٢) كتاب الأقضية باب (٢٤) ، والامام أحمد فى المسند (٣٢٧/٥) .قال الترمذى (٦٥٤/٣) حدثنا أبو موسى محمد بن المثنى قال سألت أبا الوليد الطيالسى عن قوله "وليس لعرق ظالم حق " فقال العرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ ماليس له . قلت : هو الرجل الذى يغرس فى أرض غيره ؟ وقال هو ذاك " .

(٢) روضة الطالبين (٣٤٨/٤) .

(٣) الانصاف (١٠٧/٦) .

(٤) نهاية المحتاج (١٣٧/٥) .

أما اذا لم يختر المستعير القلع فالخيار حينئذ للمعير لأنه المحسن ولأنه مالك الأرض التى هى الأصل فقالوا المعير بالخيار وقد اتفقوا على أنه بين أمرين وزاد الشافعية أمرا ثالثا :

أما ما اتفقوا عليه :

(١) أن يأخذ البناء أو الغرس بقيمته .

(٢) أن يقلع أو يهدم البناء ويضمن أرش نقصه للمستعير وهو مابين قيمته قائما ومقلوعا . فان اختار المعير أحد هذين الأمرين لزم المستعير موافقته والاأجبر على القلع مجانا لتقصيره .

وقد زاد الشافعية خيارا ثالثا للمعير وهو : أن يبقى المستعير بأجرة المثل قال الرملى [1] : "وأُسْتُشكِلَ مع جهالة المدة فلذاقال الاسنوى وأقرب مايمكن سلوكه مامَرَّ فى بيع حق البناء دائما بحال . كم يساوى؟ فاذا قيل كذا أوجبناه " .

والتخيير بين هذه الأمور الثلاثة هو المعتمد عند متأخرى الشافعية فقد قال الرملى [2] : "وجرى عليه جمع من المتأخرين ولم يعتمدوا مافى الروضة هنا من تخصيص التخيير بالتملك والقلع ولامافى الكتاب فالمعتمد تخييره بين الأمور الثلاثة بل نقل بعضهم الاتفاق على ذلك ... وأيضا فيستفاد اعتماد ذلك من مجموع ماصححه المصنف فى الروضة والكتاب " .

فاذا لم يختر المعير أحد هذه الأمور فقد قال الشافعية : لايلزم المستعير القلع مجانا اذا بذل للمعير الأجرة لانتفاء الضرر وكذا ان لم يبذلها فى الأصح ،وذلك لتقصير المعير بترك الاختيار مع رضاه باتلاف منافعه ،ويُعْرِضُ عنهما القاضى فى الأصح حتى يختار المعير ماله اختياره ويوافقه عليه المستعير قطعا للنزاع بينهما .

وقال الحنابلة : اذا لم يختر المعير فانها تباع الأرض والغرس والبناء لهما ويُدْفَعُ لرب الأرض قيمتها فارغة والباقى لرب الغرس أو البناء

---

(١) نهاية المحتاج (١٣٧/٥) .

(٢) المرجع السابق (١٣٨/٥) .

فان أبَيَا البيع تُرِك الغرس أو البناء بحاله واقفا فى الأرض حتى يتفقا لأن الحق لهما ولا أجرة لمعير من حين رجوعه على المستعير مقابل بقاء الغرس أو البناء .

القول الرابع :

للظاهرية (١) : وقد ذهبوا الى أن من أعار غيره أرضا ليبنى عليها أو يغرس فيها ونحو ذلك أن له الرجوع عليه متى شاء بلا تكليف عوض عما لحق المستعير من ضرر يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام" (٢) .

الترجيح :

لقد جاءت الشريعة الاسلامية بنفى الضرر فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولاضرار" (٣) وهذه قاعدة جليلة عليها مدار الكثير من الأحكام الشرعية وحينما نمعن النظر فى أقوال الفقهاء السابقة نجد أن الشافعية والحنابلة فى الجملة أقرب المذاهب الى تطبيق هذه القاعدة على هذه المسألة .

ذلك أن المالكية قد بنوا أحكامهم فى هذه المسألة على أن عقد العارية عقد لازم لايحق للمعير الرجوع فى عاريته حتى تنقضى المدة المضروبة أو المدة التى تعارف الناس على أن المستعير يتمكن من استيفاء منافع العين المستعارة وفى ذلك يقول ابن رشد الحفيد : " وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة أى للمعير أن يسترد عاريته اذا شاء ،وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة-ما-لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة مايرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية ،وسبب الخلاف مايوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير

---

(١) المحلى (١٠/١٦٢) .
(٢) سبق تخريجه (ص ٩٤) .
(٣) سبق تخريجه (ص ١١٧) .

اللازمة " [1] .

فالمالكية راعَوْا فى ذلك جانب المستعير بغض النظر عما يلحق المعير من الضرر .

وأما كون عقد العارية عقداً لازماً فجمهور العلماء على خلاف ذلك ودليلهم فى ذلك قوى حيث أن عقد العارية عقد بدون عوض بل ارفاق ومعونة واحسان وماعلى المحسنين من سبيل .

وأما الحنفية فقد بنوا أحكامهم فى هذه المسألة على أن عقد العارية عقد جائز فقالوا بأن له أن يسترجع عاريته متى شاء اذا كانت مطلقة بغض النظر عما يلحق المستعير من الضرر . وهو ماذهب اليه الظاهرية أيضا .

فعلى كلا القولين الضرر بأحدهما لاحق لامحالة .

فلابد اذا من مراعاة القواعد الفقهية المتفرعة عن أصل القاعدة السابقة عند استعراض حكم هذه المسألة وهذه القواعد هى :

(١) أن الضرر يزال بقدر الامكان .

(٢) الضرر لايزال بالضرر .

(٣) يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأكبر .

بناءً عليه : يلزمنا النظر فى حال المعير أولا فان كان لايترتب على بقاء المستعير مضرة عليه ولايفَوّت عليه مصلحة فانه يُلزَمُ بأن يبقى المستعير المدة المضروبة للعارية اذا كان هناك مدة أو يضرب له المدة التى تعارف الناس على أن مثلها يمكن المستعير فيها أن يستوفى كامل المنفعة التى استحدث لها هذا الشىء فى أرض المعير أو بيته وهو ماذهب اليه المالكية الآأننى أرى أن يدفع المستعير للمعير أجرة المثل وهو ماذهب اليه الشافعية وذلك لما يأتى :

(١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الضرار وهو أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به وهو أحد الأقوال فى معنى الضرار

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٨٤) .

وقد رجحه طائفة من العلماء كابن عبد البر وابن الصلاح كما يقول ابن رجب الحنبلي (١) .

(٢) أن في اجبار المستعير على القلع من غير عوض بمجرد رجوع المعير كما يقول الحنفية في العارية المطلقة اضراراً به والضرر يزال قدر الامكان .

(٣) أن في بقاء المستعير مدة في ملك المعير من غير أجرة ازالة للضرر عن المستعير والحاق للضرر بالمعير والضرر لايزال بالضرر .

(٤) أننا بجمعنا بين بقاء المستعير مدة لاستيفاء منافع ما أحدثه ويدفع الأجرة لذلك نكون قد جمعنا بين الحَقَّيْن وأزلنا الضرر عن الجانبين فالمستعير يستوفي المنافع والمعير يتقاضى الأجرة على ذلك فلا يلحق بأحدهما ضرر .

الا اذا اختار المعير أن يدفع قيمة ما أنفقه المستعير فان له ذلك وان كان فيه ضرر عليه الا أنه قد رضي به .

أما اذا كان في بقاء المستعير ضرر على المعير مثل أن يُفَوِّتَ عليه بيع الأرض أو الدار ونحو ذلك ففي الخيارات التي ذكرها الشافعية والحنابلة مايزيل الضرر عن الجانبين وما استدلوا به على ماذهبوا اليه قوي في نظري .

ومما له حظ من النظر ماذهب اليه المالكية من أنه متى لزم المستعير القلع ولم يكن له منفعة في نقض ما أحدثه فانه يجبر على ابقائه من غير عوض لأن في قلعه ونقضه اهدار مال وتفويت مصالح دون أي فائدة تحصل له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال . والله أعلم .

---

(١) جامع العلوم والحكم (١١/٣) .

الفصل الثالث

أحكام تلف الأموال فى عقدَيْ التوثيق والحفظ

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

أحكام التلف فى عقد التوثيق

(الرهن)

المطلب الأول : فى يد المرتهن على الرهن

اختلف الفقهاء رحمهم الله فى يد المرتهن على الرهن على ثلاثة أقوال:

القول الأول :

للحنفية[(١)] : فقد ذهبوا الى ان الأصل فى يد المرتهن الضمان فاذا تلف الرهن فى يده فعليه ضمانه . ويكون مضمونا بالأقل من الدين وقيمته يوم قبضه وهو مايسمى عندهم ضمان رهن اذا تلف من غير أن يستعمله أو ينتفع به فان تلف من جَرَّاءِ استعماله والانتفاع به أو التقصير فى حفظه فانه يكون مضمونا بقيمته لأنه صار غاصبا والأصل فى ذلك عندهم :

"أن للمرتهن أن يفعل فى الرهن مايعد حفظا له وليس له أن يفعل مايعد استعمالا له وانتفاعا به"[(٢)] .

ومعنى ذلك : أن العين المرهونة أمانة فى يد المرتهن ، يقول السرخسى[(٣)] : "ولهذا جعلت العين أمانة فى يد المرتهن لأن الاستيفاء تحصل

---

(١) المبسوط (٦٤/٢١ - ٦٥) ،بدائع الصنائع (٣٧٥٩/٨) ،تبيين الحقائق (٦٣/٦ - ٦٤) ، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٤٧٩/٦) ،مجمع الأنهر والدر المنتقى (٥٨٦/٢ - ٥٨٧) ، الهداية مع شرح فتح القدير (١٤٠/١٠ - ١٤١) ، النتف فى الفتاوى (٦٠٨/٢ - ٦٠٩) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٧٤٥/٨) .

(٣) المبسوط (٦٧/٢١) .

منه المالية دون العين والاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن عندنا مستوف لامستبدل وانما يتحقق الاستيفاء بحبس الحق والمجانسة بين الأموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو أمينا فى العين والعين كالكيس فى حقيقة الاستيفاء" .

فصارت العين المرهونة عند الحنفية كالوديعة عنده ليس له أن ينتفع بها استخداما ولاسكنى ولالبسا ولااجارة ولااعارة لأن الرهن يقتضى الحبس الى أن يَسْتَوْفِيَ دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط من الراهن وان فعل كان متعديا .

وعليه أيضا أن يحفظ الرهن بما يحفظ به مال نفسه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله أو أجيره الخاص وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولاعبرة بالنفقة حتى أن المرأة لو دفعت العين المرهونة الى زوجها لاتضمن ضمان غصب وان كانت تضمن ضمان رهن .(١)

وفائدة قول الحنفية ان العين المرهونة أمانة فى يد المرتهن هو أنها اذا تلفت من غير تعد ولاتقصير من المرتهن فانها لاتُضْمَنُ بقيمتها كالمغصوب بل تضمن ضمان رهن وهو أخف من ضمان المغصوب وليس معناه نفى الضمان عن المرتهن بالكلية يقول الشلبى :(٢) "ثم ينبغى لك أن تعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يُعَدّ حفظا واستعمالا، أن لايضمن ضمان الغصب لأنه لايضمن أصلا لأنه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته ومن الدين " .

هذا هو الأصل فى يد المرتهن على الرهن عند الحنفية وهو أن تلف الرهن من ضمان المرتهن وقد استثنى الحنفية من أصلهم هذا بَعْضَ حالات يتلف بها الرهن ويكون من ضمان الراهن وهى :

---

(١) تبيين الحقائق (٦٧/٦)، بدائع الصنائع (٣٧٤١/٨ - ٣٧٤٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٤٨٥/٦) .

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (٦٨/٦) .

(الحالة الأولى) سقوط الدّين عن الراهن من غير عوض مثل أن يبرئه المرتهن من دينه ثم يتلف الرهن في يد المرتهن بعد الابراء من غير تعديه أو تفريطه فانه يتلف في هذه الحالة بغير شئ ولاضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا (١) .

(الحالة الثانية) اذا خرج المرهون عن يد الراهن لم يبق مضمونا على المرتهن بدينه وان بقى عقد الرهن لأن المرهون انما صار مضمونا بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا غَصَبَ الرَّهْنَ غاصب فهلك في يده فلا يسقط شئ من الدين لأن قبض الغصب أبطل قبض الرهن وان لم يبطل عقد الرهن . وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي باذن المرتهن ،أو أعاره المرتهن من أجنبي باذن الراهن وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولايخرج عن عقد الرهن فاذا هلك هلك أمانة والدين على حاله لأن قبض العارية قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان وقبض الأمانة ينافي قبض الضمان (٢) .

(الحالة الثالثة) اذا تلف جزء من المرهون غيرمقصود بالرهن لكونه تابعا له ،فهذا لايكون مضمونا على المرتهن بالدين فلا يسقط مقابل تلفه شئ من الدين وذلك كالزيادة المتولدة من الرهن مثل الولد والثمرة واللبن والصوف . أو في حكم المتولد كالعُقْرِ واستثنوا من حكم المتولد الأرش وهو أرش العين المرهونة لو جُنِيَ عليها فوجب فيها أرش فهذا الأرش في حكم المتولد من العين المرهونة ومع ذلك فانه اذا تلف فانه يكون موجبا لضمان الرهن فتسقط حصته من الدين والعلة في ذلك أن الأرش بدل المرهون لأن كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشئ قائم مقامه كأنه هو، فكان حكمه حكم الأصل والأصل مضمون فكذا بدله . بخلاف الولد وسائر التوابع لأنها ليست مقصودة بالرهن بل تابعة للمرهون والمرهون تبعا لاحِصّة له من الضمان .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٧٦١/٨)، الدر المختار (٥٢٤/٦)، المبسوط (٨٩/٢١-٩٠) الفتاوى البزازية (٥٩٧/٣) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٧٦٣/٨)، الدر المختار (٥١٠/٦)، الفتاوى البزازية (٦٠٢/٣، ٦٠٤) .

(الحالة الرابعة) اذا تلف المرهون الذى ليس بمحل قابل لحكمه في يد المرتهن من غير تعد منه فانه يتلف أمانة فى هذا العقد الفاسد لأن من شرط المرهون أن يكون مالا متقوما فان كان كذلك كان مضمونا فى يد المرتهن ضمان رهن اذا تلف والا فلا فان ماليس بمحل قابل للرهن لايكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمُدَبَّر وأمّ الولد يقول الكاسانى[1] : " وأما الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لايثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل،وقيمته ان لم يكن له مثل،لأنه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة.وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن فى يده؛ذكر الكرخى رحمه الله أنه يهلك أمانة لأن الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قُبِضَ باذن المالك فأشبه قبض الوديعة " .

فالقاعدة عندهم فى ذلك اذاً : " أن فساد الرهن لمعنى فى المرهون يجعل المرهون أمانة . وفساده لمعنى فى غيره يجعله مضمونا ضمان رهن " .

القول الثانى :

للمالكية[2] : فقد ذهبوا الى أن الأصل فى يد المرتهن على الرهن أنها يد أمانة أى لاضمان عليه الا بالتعدى والتقصير واستثنوا من ذلك حالتين اذا تلف فيها الرهن فهو من ضمان المرتهن :

(الحالة الأولى) اذا كان الرهن مما يغاب عليه كالحلى والثياب والطعام ونحو ذلك مما يكال ويوزن فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب

---

(١) بدائع الصنائع (٣٧٧٩/٨) .

(٢) المدونة (٢٩٨/٥)،جواهر الاكليل (٨٤/٢)،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٥٣/٣ - ٢٥٥)،المنتقى (٢٤٢/٥ - ٢٤٤)،التمهيد (٤٣٥/٦)،الكافى فى فقه أهل المدينة (١٤٨/٢ - ١٤٩)،شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (٢٤٩/٢)،الفواكه الدوانى (٢٣٢/٢ - ٢٣٣)،الموطأ (٧٣٠/٢) .

عليه . فهذا الجنس من الرُّهُونِ اذا لم تقم بينة على أن تلفه بغير سبب المرتهن ،فانه يكون مضمونا عليه .

فان قامت بينة على أنه تلف بغير سببه أو لم تقم ولكن علم سبب التلف الذى لابد للمرتهن فيه كاحتراق المحل الذى اعتيد وضعه فيه وبقى بعض الرهن مُحَرَّقاً فأحضره المرتهن فلا ضمان عليه حينئذ لانتفاء التهمة يقول الدسوقى (١) : "فلايبرئه من الضمان الامجموع شيئين:الاتيان ببعضه محَرَّقا ،وَعِلْمُ احتراق محله . وأما ان أتى ببعضه محرقا ولم يُعلَم احتراق محله أو عُلِمَ احتراق محله ولم يأت ببعضه محرقا فالضمان ثابت على المرتهن وزاد ابن المواز قيدا ثالثا وهو أن يُعْلَمْ أن النار التى أَحْرَقَتِ المحل ليست من سببه فان جُهِلَ كونها بسببه أو لا فالضمان عليه وهذا القيد معتبر فلا وجه لاهمال المصنف له " .

وقد خالف الباجى (٢) والمازرى (٣) من علماء المالكية المذهب فى هذه المسألة وقالوا يكفى عِلْمُ سبب التلف ولايكلف المرتهن احضار بعض الرهن محترقا يقال الباجى (٤) : "والذى عندى أنه اذا كان مما جرت العادة برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عاداتهم بارتهان الثياب ورفعها فى حوانيتهم لايكادون ينقلون شيئا من ذلك عنها فانى أرى أن يُصَدَّقُوا فيما يَدَّعُون من احتراق ذلك فيما عرف وشوهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك فى طرطوشه عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة فى مثل هذا وأنا معهم بها ... وهذا وان كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فان معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى . وأنه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه لابضمان أثبته الشرع عليه بمقتضى الرهن فاذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه" .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٢٥٤) .
(٢) المنتقى (٦/٢٤٤) .
(٣) حاشية الدسوقى (٣/٢٥٤) .
(٤) المنتقى (٦/٢٤٤) .

قال الدردير[1] : " وفتوى الباجى ضعيفة " .

(الحالة الثانية) اذا كان الرهن مما لايغاب عليه فادعى تلفه فلا ضمان عليه الاآن يثبت بالبينة أن التلف كان بسببه أو يكون متهما بالاتلاف مثل أن تكون دابة فيدعى موتها فيكذبه عدول فى دعوى التلف تكذيبا صريحا بأن قالوا باعها أو أودعها أو ضمناً بأن قالوا لانعلم تلف هذه الدابة ونحن ملازمون له سفرا وحضرا فان المرتهن حينئذ يضمنها لتكذيب العدول له وقيام التهمة .

ومتى قال المالكية بالضمان على المرتهن فانه يُلْزَمُ بالحلف مع الضمان فيحلف أنه لم يكذب فى دعوى تلفه أو أنه ضاع ولايعلم موضعه وسبب الجمع بين اليمين والضمان ذكرها الدسوقى فى قوله : " والحاصل أنه انما أمر بالحلف مع تضمينه مخافة أن يكون أخفاه[2] " .

لأنه ربما يدعى تلفه ليأخذه بقيمته من الراهن وذلك لعدم توفره فى الأسواق أو لندرته ونحو ذلك .

القول الثالث :

للشافعية[3] والحنابلة[4] والظاهرية[5] : فقد ذهبوا الى أن الرهن أمانة فى يد المرتهن لايُضْمَنُ الا بالتعدى والتقصير كسائر الأمانات .

---

(١) الشرح الكبير (٢٥٥/٣) .

(٢) حاشية الدسوقى (٢٥٥/٣) .

(٣) الأم (١٤٧/٣)،روضة الطالبين (٩٦/٤)،مغنى المحتاج (١٣٦/٢)،نهاية المحتاج (٢٨١/٤)، المهذب (٤١٧/١) .

(٤) كشاف القناع (٣٢٨/٣)،شرح منتهى الارادات (٢٣٦/٢)، التنقيح المشبع (ص ١٩٤)، الانصاف (١٥٩/٥ ـ ١٦٠)، المغنى (٢٩٧/٤)، المحرر (٣٣٧/١) .

(٥) المحلى (٥٠١/٨) .

عرض أدلة الفقهاء والمناقشة والترجيح .

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل الحنفية بالأثر والاجماع :

أما الأثر :

(١) ماروى الطحاوى (١) حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا عبدالله بن محمد التيمى قال أخبرنا عبدالله بن المبارك قال حدثنا مصعب بن ثابت عن عطاء بن أبى رباح أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس فى يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ذهب حقك " .

قالوا فدل هذا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن .

وذكر السرخسى (٢) الحديث عن عطاء بزيادة لفظ "بحق له" فقال : لم يستدل بحديث عطاء أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن "ذهب حقك" . ثم أخذ الدلالة على صحة قولهم من اعادة لفظ حق معرفا بالاضافة مع أنه قد ورد فى أول الحديث نكرة والقاعدة أنه اذا ورد اللفظ نكرة ثم أعيد معرفا صار المراد بالمعرف هو المراد بالمنكر فيكون المراد بالحق الذاهب هو الحق الأول الذى ارتهن به الفرس وهو الدين وليس المراد حقه فى الحبس كما قال المعترض (٣) .

وقد نوقش هذا الحديث بأنه ضعيف لايصلح للاحتجاج به وجاء ضعفه من جهة اسناده فهو منقطع وقد قاله الطحاوى من مشايخ الحنفية ومع ذلك فهو يُصِرُّ على الاحتجاج به فقال : " فان قال هذا منقطع قيل له والذى تأولته أيضا منقطع فان كان المنقطع حجة لك علينا ،فالمنقطع حجة

---

(١) شرح معانى الآثار (١٠٢/٤) وقال ابن حجر : "رواه أبو داود فى المراسيل من طريق عطاء ... وأخرجه ابن أبى شيبة مرسلا" . انظر: الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢٥٧/٢)،ورواه البيهقى (٤١/٦).

(٢) المبسوط (٦٦/٢١) .

(٣) راجع على سبيل المثال المغنى (٢٩٧/٤) .

لنا عليك " [١] .

وقال ابن حزم : " هذا مرسل ومصعب بن ثابت ليس بالقوى " [٢] .

وقال ابن قدامة : " مرسل وقول عطاء يخالفه قال الدارقطنى: يرويه اسماعيل بن أميه وكان كذّابا وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا " [٣] .

وقال البيهقى : " والأصل فى هذا الباب حديث مرسل وفيه من الوهن مافيه " [٤] . وقال ابن حجر : " مصعب بن ثابت ليّن الحديث وكان عابدا " [٥] .

(٢) ماروا ه الدارقطنى [٦] قال حدثنا محمد بن مخلد أخبرنا أحمد بن محمد ابن غالب أخبرنا عبدالكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " الرهن بما فيه " .

وهذا حديث ضعيف قال عنه الدارقطنى : " لايثبت هذا عن حميد وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء " [٧] .

---

(١) شرح معانى الآثار (١٠٢/٤) .

(٢) المحلى (٥٠٠/٨) .

(٣) المغنى (٢٩٧/٤) .

(٤) السنن الكبرى (٤٠/٦) وقد بين الامام الشافعى رحمه الله وجه ضعف هذا الحديث فقال : "أخبرنا ابراهيم عن مصعب بن ثابت عن عطاء قال : زعم الحسن كذا ثم حكى هذا القول قال ابراهيم :كان عطاء يتعجب مما روى الحسن . وأخبرنى غير واحد عن مصعب عن عطاء عن الحسن وأخبرنى بعض من أثق به أن رجلا من أهل العلم رواه عن مصعب عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم وسكت عن الحسن فقيل له : أصحاب مصعب يروونه عن عطاء عن الحسن فقال نعم وكذلك حدثنا ولكن عطاء مُرسِلٌ اتفق من الحسن مُرسِلٌ . قال الشافعى ومما يدل على وهن هذا عند عطاء إِنْ كان رَوَاهُ. أن عطاء يفتى بخلافه ويقول فيه بخلاف هذا كله ويقول فيما ظهر هلاكه أمانة وفيما خفى يترادان الفضل وهذا أثبت الرواية عنه وقد رُوِيَ عنه يتَرَادَانِ مطلقا وماشككنا فيه فلانشك أن عطاء ان شاء الله تعالى لايروى عن النبى صلى الله عليه وسلم شيئا مُثْبَتًا عنده ويقول بخلافه . انظر الأم (١٦٦/٣) .

(٥) تقريب التهذيب (٢٥١/٢) .

(٦) سنن الدارقطنى (٣٢/٣) كتاب البيوع حديث (١٢٣) .

(٧) المرجع نفسه وراجع عن حال الرجال فيما بين حُمَيْد وشيخ الدارقطنى مانقله المحدث شمس الحق العظيم آبادى فى التعليق المغنى عن ابن الجوزى (٣٢/٣) من سنن الدارقطنى .

ثم رواه الدارقطني مَرّةً من طريق اسماعيل بن أبي أميه أخبرنا سعيد بن راشد أخبرنا حميد الطويل عن أنس.ومَرّةً من طريق اسماعيل بن أبي أميه أيضا أخبرنا حماد بن سلمه عن قتادة عن أنس رضي الله عنه وقال : "اسماعيل هذا يضع الحديث وهذا باطل عن قتاده وعن حماد بن سلمة والله أعلم"[1] .

قال ابن التركماني : " لم يذكر أحد من أهل هذا الشأن فيما تتبعت أن اسماعيل هذا يضع الحديث غير الدارقطني ولاذكر صاحب الكامل مع شدة استقصائه "[2] .

(٣) ماروا‌ه الدارقطني[3] حدثنا محمد بن نوح الجنديسابوري أخبرنا معمر ابن سهل أخبرنا أبو عاصم عن أبي العوام أخبرنا مطر عن عطاء بن أبي رباح عن عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب قال في الرجل يرتهن فيضيع قال : ان كان أقل مما فيه رُدّ عليه تمام حقه وان كان أكثر فهو أمين " .

وقد نوقش بأن هذا الخبر لايصح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن حزم : " لأنه من رواية عبيد بن عمير وعبيد لم يولد الا بعد موت عمر أو أدركه صغيرا لم يسمع منه شيئا"[4] .

وقال البيهقي : " هذا ليس بمشهور عن عمر"[5] .

---

(١) سنن الدارقطني (٣٢/٣) .
(٢) الجوهر النقي مع السنن الكبرى للبيهقي (٤٠/٦) .
(٣) سنن الدارقطني (٣١/٣) كتاب البيوع حديث (١٢٠) . ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٣/٤)،والبيهقي في السنن الكبرى (٤٣/٦) .
(٤) المحلى (٤٩٩/٨) .
(٥) السنن الكبرى (٤٣/٦) .

(أما الاجمـــاع) :

فقد قالوا ان المتقدمين من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم قد أجمعوا على أن الرهن مضمون ولكن اختلفوا فى كيفية الضمان ،يقول الزيلعى : " واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفية الضمان فذهب عمر رضى الله عنه أنه مضمون بالأقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن على رضى الله عنه أنه قال يترادان الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن على رضى الله عنه مثل مذهبنا،وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلّتْ قيمته أو كثرت حتى لايَرْجِعَ واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشئ مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلايجوز" [1] .

وقد نوقش بأن ماذكروه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه غير صحيح وقد بينا وجه ضعفه آنفا .

قال ابن حزم : [2] " وأما عَلِيّ فمختلف عنه فى ذلك وأصح الروايات عنه اسقاط التضمين فيما أصابته جائحة" .

قال فى موضع آخر : [3] "روينا من طريق الحجاج بن المنهال أخبرنا همام بن يحيى أخبرنا قتادة عن خلاس أن على بن أبى طالب قال فى الرهن يترادان الفضل فان أصابته جائحة برئ . فصح أن على بن أبى طالب لم يَرَ تراد الفضل الا فيما تلف بجناية المرتهن لافيما أصابته جائحة بل رأى البراءة له مما أصابته جائحة وصح عن عطاء أنه قال : الرهن وثيقة ان هلك فليس عليه غرم يأخذ الدين الذى له كله " .

وماذكروه عن شريح صححه ابن حزم فقال : " وقالت طائفة : ذهب الرهن بما فيه سواء كان كقيمة الدين أو أقل أو أكثر اذا تلف سقط الدين

---

(١) تبيين الحقائق (٦٤/٦)،وراجع المبسوط (٦٤/٢١ - ٦٥)،بدائع الصنائع (٣٧٧٣/٨) .

(٢) المحلى (٤٩٩/٨) .وراجع السنن الكبرى للبيهقى (٤٣/٦) فقد قال: "واختلفت الروايات عن على " ثم أوردها .

(٣) المحلى (٤٩٧/٨ - ٤٩٨) .

ولايغرم أحدهما للآخر شيئا . صح هذا عن الحسن البصرى وابراهيم النخعى وشريح والشعبى والزهرى وقتادة"[1] .

الاأن قولهم هذا غير صحيح لأنهم يحتجون بحديث عطاء بن أبى رباح أن رجلا رهن فرسا فهلك عنده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب حقك .

وقد عرفنا مافى هذا الحديث من ضعف فيما سبق .

وبهذا يتبين لنا ضعف دعوى الاجماع وقد أنكر ذلك ابن حزم[2] رحمه الله وقال ابن حجر[3] : " قوله : أجمع الصحابة على أن الرهن مضمون واختلفوا فى كيفيته ،لم أجد ذلك " .

ويمكن أن يرد عليهم أنه اذا صح الاجماع فقد خالفتموه لأنكم لاتضمنون بعض الرهن وهو مازاد من قيمته على قيمة الدين وتجعلونه أمانة[4] .

وأيضا فانه لو سَلَّمْنَا جدلا وقوع الاجماع فهو غير متوارد على محل واحد أو صورة واحدة ،والله أعلم .

ثانيا : أدلة اصحاب القول الثانى :

استدل المالكية على تفريقهم فى الضمان بين مايغاب عليه ومالايغاب عليه فقالوا بضمان مايغاب عليه على المرتهن دون مالايغاب عليه بالنظر :

فقد قال الباجى[5] : "أن مالايغاب عليه من الرهون لايضمن وانما يضمن مايغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقراض والشراء بالدين ومايغاب عليه يَدَّعِى فيه الضياع على وجه لايعلم فيه كذب مدعيه غالبا فيؤدى ذلك الى ضياع أموال الناس . والمرتهن يأخذ لمنفعة نفسه وقد

---

(١) المحلى (٤٩٧/٨) .

(٢) المحلى (٤٩٩/٨) .

(٣) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (٢٥٨/٢) .

(٤) راجع فى قولهم هذا بدائع الصنائع (٣٧٧٢/٨)،تبيين الحقائق (٦٣/٦ - ٦٤) .

(٥) المنتقى (٢٤٤/٥)،وراجع التمهيد (٤٣٩/٦) .

كان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من ضمانه فاذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما أُلْزِمَ الكَرِيّ ضمان مايتفرد بحمله من الطعام لَمَّا خِيْفَ من تَسَرُّع أمثاله الى أكله حفظا للأموال . ولذلك سقط عنه الضمان فيما لايغاب عليه من الحيوان . واذا كان يسقط عنه الضمان في الحيوان وان تلف بغير بينة لَمَّا كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة أولى وأحرى " .

وقد رَدَّ الامام الشافعي (1) رحمه الله على من قال بالتفريق بقوله : "واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه ويخفى وانما جاء الحديث جملة ظاهرا وماكان جملة ظاهرا فهو على ظهوره وجملته الا أن تأتى دلالة عمن جاء عنه أو يقول العامة على أنه خاص دون عام وباطن دون ظاهر . ولم نعلم دلالة جاءت بهذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصير اليها" .

وقال : " ولايعدو الرهن أن يكون أمانة فلا اختلاف بين أحد أن ماظهر وخفى هلاكه من الأمانة سواء غير مضمون أو أن يكون مضمونا فلا اختلاف بين أحد أن ماكان مضمونا فما ظهر وخفى هلاكه من المضمون سواء . أو يُفَرِّقُ بين ذلك سنه أو أثر لازم لامعارض له مثله وليس نعرفه مع من قال هذا القول من أصحابنا" .

وقال ابن حزم (2) : "أما تفريق مالك بين مايخفى وبين مالايخفى فقول لابرهان على صحته لامن قرآن ولامن سنة ولامن رواية سقيمة ولاقياس ولاقول أحد نعلمه فسقط وانما بَنَوْهُ على التهمة والتهمة ظن كاذب يأثم صاحبه ولايحل القول به ،والتهمة متوجهة الى كل أحد وفى كل شيء" .

ثالثا : أدلة أصحاب القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث بالأثر والنظر :

أما الأثر :

---

(1) الأم (١٦٥/٣ - ١٦٦) .
(2) المحلى (٤٩٨/٨) .

فما روى سعيد بن المسيب مرسلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لايغلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه "(١) .

ورواه الامام الشافعي موصولا(٢) قال : أخبرنا الثقة عن يحيى بن أبي أنيسه عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله أو مثل معنا ولايخالفه " .

---

(١) رواه مرسلا الامام الشافعى الأم (١٤٧/٣) ، وعبدالرزاق فى المصنف (٢٣٧/٨) كتاب البيوع باب الرهن لايغلق ، والدارقطنى من طريق عبدالرزاق أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب فى السنن (٣٣/٣) ، كتاب البيوع حديث (١٣٢) . ورواه البيهقى فى السنن الكبرى من طريق الشافعى (٣٩/٦) .

(٢) الأم (١٤٧/٣) ورواه من طريقه البيهقى فى السنن الكبرى (٣٩/٦) . وفى اسناده يحيى بن أبيأنيسة قال عنه ابن عبد البر : " ليس بالقوى" . انظر التمهيد (٤٢٧/٦) . وقال ابن حجر : " ضعيف" انظرتقريب التهذيب (٢٤٣/٢) . وقال الألبانى : " ويحيى هذا ضعيف والثقة لم أعرفه وفى شيوخ الشافعى رحمه الله بعض الضعفاء" ارواء الغليل (٢٤٣/٥) .
وقدرواه موصولا من طرق أخرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه : الدارقطنى فى سننه (٣٢/٣) كتاب البيوع حديث (١٢٦) وقال هذا اسناد حسن متصل . ورواه الحاكم فى المستدرك (٥١/٢) وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبى .
ورواه ابن حزم موصولا فقال حدثنا أحمد بن قاسم أخبرنا أبى قاسم ابن محمد بن قاسم أخبرنا جدى قاسم بن أصبغ حدثنى محمد بن ابراهيم حدثنى يحيى بن أبى طالب الأنطاكى وجماعة من أهل الثقة أخبرنا نصر بن عاصم الأنطاكى أخبرنا شبابه عن ورقاء أخبرنا ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب وأبى سلمه عبدالرحمن بن عوف عن أبى هريرة فذكر الحديث وقال : " فهذا مسند من أحسن ماروى فى هذا الباب " . انظر المحلى (٥٠٠/٨) .
لكن تعقبه ابن حجر فىالتلخيص الحبير (٤٢/٣ - ٤٣) فقال : " قلت أخرجه الدارقطنى من طريق عبدالله بن نصر الأصم الأنطاكى عن شبابه به وصححها عبد الحق . وعبدالله بن نصر له أحاديث منكرة ذكرها ابن عدى وظهر أن قوله فى رواية ابن حزم نصر بن عاصم تصحيف وانما هو عبدالله بن نصر الأصم وسقط عبدالله وحُرِّفَ الأصم بعاصم" . =

قال الامام الشافعي :(١) "وفيه دليل على أن جميع ماكان رهنا غير مضمون على المرتهن لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قال الرهن من صاحبه الذى رهنه . فمن كان منه شئ فضمانه منه لامن غيره ثم زاد فأكد فقال له غنمه وعليه غرمه .وغنمه سلامته وزيادته وغرمه عَطَبُه ونقصه" .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث مرسل أرسله سعيد بن المسيب والمرسل لاتقوم به حجة ومن يقبله ويستدل به فلابد له أن يقبل مراسيل غيره ويستدل بها حيث لاخصوصية لسعيد عن غيره (٢) .

وقد أجاب الامام الشافعي رحمه الله عن مثل ذلك فقال : " قال فكيف قبلتم عن ابن المسيب منقطعا ولم تقبلوه عن غيره قلنا لانحفظ أن ابن المسيب روى منقطعا الا وجدنامايدل على تسديده ولاأثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه .ورأينا غيره يُسَمِّيْ المجهول ،ويُسَمِّي من يُرْغَبُ عن الرواية عنه ويرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يَلْحَقْ من أصحابه المُسْتَنْكَرْ الذى لايوجد

= وقال الألباني في ارواء الغليل (٥/٢٤٠) "وقد تَحَرَّفَ اسمُهُ عَلِيٍّ بن حزم أوغيره ممن فوقه الى اسم آخر وقَوّىٰ الحديث بسبب ذلك توهما منه أن هذا الغير ثقة وليس كذلك فوجب بيانه لاسيماوقد اغْتَرَّ به بعض الحفاظ وهو عبدالحق الاشبيلي" . قلت قد أورده ابن عبدالبر في التمهيد (٦/٤٣٠) وفي اسناده عبدالله بن نصر الأصم الأنطاكي وحسنه" .
وخلاصة القول في طرق هذا الحديث الموصولة أنها لاتسلم من علة وقد جمعها الألباني جزاه الله خيرا وحققها فخلص الى ذلك ورجح ارسال هذا الحديث فقال في ارواء الغليل (٥/٢٤٣) : " وجملة القول أنه ليس في هذه الطرق مايسلم من علة وخيرها الطريق الثالث وعلتها الشذوذ ان لم يكن من العابدى فمن ابن عيينة ولذلك فالنفس تطمئن لرواية الجماعة الذين أرسلوه أكثر لاسيما وهم ثقات أثبات " .

(١) الأم (٣/١٤٧) ،وأوضح الخطابي معنى قوله من صاحبه أي لصاحبه لأن العرب تضع من موضع اللام ثم أورد الشواهد على ذلك . راجع معالم السنن (٣/٧٩٧) .

(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/١٠١) .

له شئ يُسَدِّدُهُ ففرّقنا بينهم لافتراق أحاديثهم ولم نحاب أحدا ولكنّا قلنا فى ذلك بالدلالة البينة على ماوصفنا من صحة روايته" (1) .

وبمثل ماقال الامام الشافعى قال الامام أحمد فقد روى البيهقى باسناده عن الامام احمد رحمه الله أنه قال : " مرسلات سعيد بن المسيب صحاح لانرى أصح من مرسلاته وأما الحسن وعطاء فليس هى بذلك هى أضعف المرسلات لأنهما كانا يأخذان عن كل " (2) .

ونوقش هذا الحديث أيضا من ناحية المعنى :

فقيل ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم على قول من رفع هذا اللفظ "له غنمه وعليه غرمه" أى له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله فهذا هو الغنم وأما الغرم فهو نفقته وليس المراد بالغرم الهلاك والمصيبة وهذا رأى مالك وأصحابه كما ذكره ابن عبدالبر (3) رحمه الله وعللوا ذلك بأن الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ماقابل ذلك من النفقة .والغرم بهذا المعنى احتمال عند الحنفية (4) . ويحتمل أن المراد بالغنم هو الزيادة عن الثمن اذا بيع والغرم هو نقص ثمنه عند البيع فيكون المعنى له زيادة الثمن عن الدين وعليه النقصان للمرتهن ذكر ذلك السرخسى (5) .

وهذه كلها احتمالات مقبولة وأصحاب هذا القول الذين استدلوا بهذا الحديث لايختلفون معهم فى أن الخراج والغلة للراهن وأن النفقة عليه لكن قَصْرُ الغرم على النفقة فقط يحتاج الى الدليل .

بل قد روى عبدالرزاق مايؤيد أن معنى قوله عليه غرمه أى هلاكه فقال أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايغلق الرهن ممن رهنه . قلت للزهرى : أرأيت قوله لايغلق الرهن : أهو الرجل يقول ان لم آتك بمالك فهذا الرهن لك قال نعم

---

(1) الأم (١٦٧/٣) .
(2) السنن الكبرى (٤٢/٦) .
(3) التمهيد (٤٣٩/٦) .
(4) بدائع الصنائع (٣٧٥٩/٨) .
(5) المبسوط (٦٦/٢١) .

قال معمر : ثم بلغني عنه أنه قال : ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه" [١] .

فقد استدل بأنه اذا هلك يهلك على الراهن بقوله عليه غرمه .

هذه هى حجة أصحاب القول الثالث من الأثر وهى كما رأينا حجة قوية ثابتة يقول الامام الشافعى [٢] :"والسنة ثابتة عندنا والله تعالى أعلم بما قلنا وليس مع السنة حجة . ولافيها الا اتباعها مع أنها أصح الأقاويل مبتدأ ومخرجا" .

واذا ثبتت السنة لم يكن لأحد أن يتركها لقول كائن من كان . ومما يقوى ماذهبوا اليه اضافة الى استدلالهم بالأثر ما استدلوا به من النظر ونذكر منه [٣] :

(١) أن صاحب الرهن دفعه الى المرتهن غير مغلوب عليه وسَلَّطَه على حبسه وهو بهذا القبض والحبس لايكون متعديا وانما يضمن من تعدى كالغاصب والبائع يحبسان مالزمهما تسليمه .

(٢) أن المرتهن انما أخذ الرهن ليستوثق به فى حقه طلبا للمنفعة لنفسه واحتياطا على غريمه لامخاطرا بالارتهان لأننا اذا قلنا بأن الرهن اذا هلك فهو من ضمان المرتهن ولو لم يتعد كان الرهن مخاطرة لااستيثاقا ان سَلِمَ الرهن فحقه فيه وان تلف تلف حقه ولو كان هكذا كان شرا للمرتهن فى بعض حالاته وكون حقه فى ذمة الراهن وفى جميع ماله لازما أبدا خير له من كونه فى شئ من ماله بقدر حقه فان هلك ذلك الشئ بعينه هلك من المرتهن وبرئت ذمة الراهن .

(٣) الرهن وثيقة كالكفيل والصك وفى الكفالة اذا مات الكفيل لم يُنْقِصْ موته حق صاحب الدين شيئا وَرَجَعَ به على من عليه أصل الحق . وكذلك الصك لو تلف فانه لايُنْقِصْ من الدين شيئا ولاتبرأ بتلفه ذمة المدين والرهن كذلك لايُنْقِصْ هلاكه ونقصانه حق المرتهن الا بالتعدى فيضمن

---

(١) مصنف عبدالرزاق (٢٣٧/٨) كتاب البيوع باب الرهن لايغلق .

(٢) الأم (١٦٧/٣) .

(٣) راجع فى هذه الأدلة الأم (١٤٨/٣،١٦٥)، المغنى (٢٩٧/٤) .

لصاحب الرهن .

وبذلك يظهر لنا رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثالث وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية لقوة ما استدلوا به من الأثر والنظر على أن الرهن أمانة فى يد المرتهن لايضمن الابالتعدى والتقصير . واذا أمعنا النظر فى رأى المالكية وجدناه قريبا جدا من رأى الجمهور بل يكاد يكون موافقا له فى مضمونه لأنه لايكون مضمونا عندهم الا اذا كان مما يغاب عليه ولم تقم بينة على أن الهلاك كان بغير سببه يقول شيخى : " وبالنظر فى طبيعة هذه الحالة يتبين أن هذا الضمان ليس بضمان أصالة بل هو ضمان ناشىء عن تهمة وضمان التهمة يزول بالبينة فكان الأصل اذاً كون المرهون أمانة فى يده ولو كان المرهون مضمونا لضمن المرتهن الهلاك ولو لم يكن بسببه "(١) .

فيكون هذا القول قد قال به جمهور الفقهاء وخالفهم فيه الحنفية مستدلين بأدلة غير مسلمة ،وفيها نظر كثير .

---

(١) الحيازة فى العقود لشيخى الدكتورنزيه حماد (ص ٢٢٣) .

المطلب الثانى : تلف الرهن فى يد المرتهن بعد أن استحق الفكاك

اذا استحق الرهن الفكاك بأى وجه من وجوه الاستحقاق كقبض المرتهن ماله من دين على الراهن أو ابراء المرتهن للراهن ونحو ذلك ثم هلك الرهن فى يد المرتهن فقد اختلف الفقهاء فى مدى ضمان المرتهن فى هذه الحالة على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[1] الى التفريق بين أن يقبض المرتهن ماله من دين على الراهن أو يبرئه :

فقالوا اذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين ثم هلك الرهن بعد الابراء فى يد المرتهن فانه يهلك أمانة ولاضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع للراهن من قبض رهنه بخلاف ما اذا منعه منه فانه حينئذ يصير غاصبا وعليه الضمان .

أما اذا استوفى المرتهن ماله من دين على الراهن فان الرهن يبقى مضمونا بالدين حتى يسلمه لصاحبه فلو هلك بعد أن استوفى دينه فانه يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وعليه أن يرد ما استوفاه لصاحبه الذى أداه له سواء كان الراهن أو غيره كمتطوع بالوفاء .

والفرق بين المسألتين : أن الابراء من الدين اسقاط للدين أصلا فلايبقى الضمان بعد الاسقاط . أما الاستيفاء فانه لايسقط الدين والعلة فى ذلك أوضحها ابن عابدين فى قوله[2] : "لِمَا تقرر أن الديون تقضى بأمثالها لاأنفسها لأن الدين وصف فى الذمة لايمكن أداؤه لكن اذا أدى المديون ،وجب له على الدائن مثله فتسقط المطالبة لعدم الفائدة"[2] .

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٢٠١/١٠)،بدائع الصنائع (٣٧٦١/٨) الدر المختار ورد المحتار عليه (٥٢٤/٦ – ٥٢٥) ، المبسوط (٨٩/٢١،٩٤).

(٢) رد المحتار (٥٢٥/٦) .

قال البابرتى[1] : "ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ،وبالاستيفاء لايسقط لقيام المُوجِب وهو العقد الذى لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور" .

فتبين لنا من ذلك أن أداء المدين ماوجب عليه لدائنه لاينقض ذلك الوصف الذى تقرر بذمته وانما يشغل ذمة الدائن بوصف مثله ومادام هذا الوصف باقيا فى ذمة المدين فيكون الرهن مضمونا به .

وهذا الفرق ضعيف فى نظرى لأن سبب قيام هذا الوصف فى الذمة هو المال الذى أخذه الراهن من المرتهن فاستقر فى ذمته فاذا أدى اليه هذا المال زال هذا الوصف لأنه وجد بوجوده فيزول بزواله والله أعلم .

القول الثانى :

ذهب المالكية[2] الى أن مايغاب عليه يبقى فى ضمانه حتى يسلمه الى ربه سواء كان فكاك الرهن بسبب قبض المرتهن حقه من الراهن أوبابراء المرتهن للراهن من الدين لأن هذا هو الأصل والأصل بقاء ماكان على ماكان ولأنه قبضه على وجه التوثق به .

وعلى ذلك قال المالكية اذا أحضر المرتهن الرهن لراهنه بعد قبض الدين أو الابراء أو دعاه لأخذ الرهن من دون احضار له فقال له الراهن اتركه عندك فانه لايضمنه اذا هلك الابتعديه لأنه صار أمانة عنده . فى هذه الصورة يعتبر الراهن قابضا له بعد أن خَلَّى المرتهن بينه وبينه فلما قال له اتركه عندك يعتبر المرتهن قابضا له من الراهن قبضا جديدا غير الأول ،وهو قبض أمانة .

القول الثالث :

ذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] الى أن الرهن فى يد المرتهن أمانة حتى

---

(١) العناية على الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (٢٠١/١٠) .

(٢) جواهر الاكليل (٨٥/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٥٥/٣ - ٢٥٦)، المنتقى (٢٤٥/٥) .

(٣) الأم (١٤٨/٣)، روضة الطالبين (٩٦/٤)، مغنى المحتاج (١٣٧/٢) .

(٤) المغنى (٢٩٨/٤)، كشاف القناع (٣٢٨/٣)، شرح منتهى الارادات (٢٣٦/٢)، الروض الندى (ص ٢٣٦)، التنقيح المشبع (ص ١٩٤) .

بعد قبض المرتهن الدين أو ابراء المدين فلا يضمنه الابالتعدى لأن الأصل أنه أمانة فى يد المرتهن فيبقى على ماكان عليه ٠

ومن التعدى حبسه عن صاحبه والامتناع من رده اليه مع إمكان الرد فان لم يمكنه رده فتلف فلا ضمان عليه ومن أمثلة عدم التمكن من الرد ماذكره الامام الشافعى رحمه الله (١) : "إنْ كان رب الرهن آجره فسأل المرتهن أخذه من عند من آجره ورده اليه فلم يمكنه ذلك ،أو كان الرهن غائبا عنه بعلم الراهن فهلك فى الغيبة بعد براءة الراهن من الحق وقبل تمكن المرتهن أن يرده لم يضمن وكذلك لو كان عبدا فأبق أو جملا فشرد ثم برئ الراهن من الحق لم يضمن المرتهن لأنه لم يحبسه وَرَدُّهُ يمكنه"

ومن الأمثلة أيضا ماذكره ابن قدامة رحمه الله بقوله (٢) : "وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بَيْنَهُ وبَيْنَهُ طريق مخيف أو باب مغلق لايمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخّر التسليم لذلك فتلف فلا ضمان عليه لأنه لاتفريط منه فأشبه المُودَع" ٠

والذى يظهر لى رجحان القول بأن الرهن أمانة فى يد المرتهن لقوة ما احتج به أصحابه فيبقى على أصل الأمانة حتى يُسلِّمه الى ربه لأن الأصل بقاء ماكان على ماكان ولاطوارئ تستدعى اختلاف الحكم ،والله أعلم ٠

---

(١) الأم (١٤٨/٣) ٠

(٢) المغنى (٢٩٨/٤) ٠

المطلب الثالث : تلف الرهن فى يد العدل

الرهن اذا تلف فى يد العدل اما أن يتلف بتعديه وتفريطه أو يتلف بغير ذلك .

فان تلف بغير تعد منه أوتفريط فلا خلاف بين الفقهاء أنه لاضمان عليه ويكون تلف الرهن فى مال الراهن عند جمهور الفقهاء(١) من المالكية والشافعية والحنابلة .

وخالف فى ذلك الحنفية(٢) فقالوا : انه يهلك فى ضمان المرتهن لأن يد العدل فى حق المالية كيد المرتهن والمالية هى المضمونة وذلك لأنهم يقولون ان يد العدل على الرهن هى يد الراهن والمرتهن على حد سواء ففى الحفظ : الرهن فى يده كيد المالك فيكون أمانة فى يده . وفى حق المالية كيد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ماقصداه لأن كلا منهما آمره فصارت يده كيدهما ولهذا لايكون لأحدهما أن يأخذه على الخصوص . ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه .

أما اذا تعدى العدل فى الرهن باتلاف أو بدفعه الى أحدهما من غير اذن الآخر فتلف فى يد المدفوع اليه فعليه ضمان حق الآخر على التفصيل التالى :

(١) اذا أتلف العدل الرهن فان عليه قيمته تكون رهنا مكانه .

(٢) اذا دفعه الى الراهن أو المرتهن فأتلفه المدفوع اليه :

فيرى الحنفية(٣) أن المطالب بالضمان هو العدل فَيَدْفَعُ قيمة الرهن ثم توقف حتى يَقْضِي الراهن ماعليه للمرتهن وبعد قضائه ينظر :

---

(١) المدونة (٣٠٥/٥)، الأم (٢٤٨/٣)، روضة الطالبين (٨٨/٤)، مغنى المحتاج (١٣٥/٢)، المغنى (٢٦٧/٤)، كشاف القناع (٣٣٤/٣) .

(٢) تبيين الحقائق (٨٠/٦)، الدر المختار مع رد المحتار (٥٠٣/٦)، مجمع الأنهر (٦٠٠/٢) .

(٣) تبيين الحقائق (٨٠/٦ – ٨١)، رد المحتار (٥٠٣/٦)، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (١٧٤/١٠ – ١٧٥) .

ان كان العدل قد دَفَعَ الرهن الى الراهن فأتلفه فانه يرجع على الراهن بالقيمة التى غرمها لأن العين المرهونة وصلت الى الراهن بالتسليم الأول وقد أتلفها الراهن على نفسه . والمرتهن قد وصل اليه حقه بالقبض من الراهن .

وان كان العدل قد دفع المرهون الى المرتهن فأتلفه فان ماضمنه العدل من القيمة يأخذها الراهن لأن العين المرهونة لو كانت قائمة لرجعت اليه بعد قضائه الدين فكذلك ماقام مقامها .

ورجوع العدل بالقيمة على المرتهن متوقف على نوعية قبض المرتهن للرهن من العدل فان كان قَبْضُهُ أمانة كالعارية والوديعة فلا يضمن الا بالتعدى لأن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه .

ويرى المالكية التفصيل فى ذلك (1) :

فان كان العدلُ قد دَفَعَ الرهنَ الى المرتهن فأتلفه فان كان الدين مساو لقيمة الرهن سقط الدين وبرئ الأمين . وان كان الدين أكثر من القيمة حُطَّ عن الراهن من الدين بقدر القيمة . وان كان الدين أقل من القيمة فان العدل يضمن للراهن الزائد من قيمة الرهن عن الدين مثل أن يكون الدين عشرة وقيمة الرهن خمسة عشر فيضمن العدل للراهن الزائد وهو خمسة . وسواء فى ذلك كان الرهن مما يغاب عليه أو لا لتعدى العدل بتسليمه الى المرتهن بلا اذن الراهن .

ثم هل يرجع العدل على المرتهن بما ضَمِنَهُ للراهن : يرى المالكية أن له الرجوع بما ضَمِنَهُ على المرتهن الا أن تشهد للمرتهن بينه أنه تلف بلا تعد ولاتفريط .

ورجح الدسوقى أن له الحق فى الرجوع مطلقا فقال : " والحق أن الأمين يغرم تلك الزيادة ويرجع بها على المرتهن سواء كان الرهن مما يغاب عليه أم لا قامت بينة على هلاكه بدون تفريط أم لا وذلك

---

(1) جواهر الاكليل (٨١/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٤٤/٣) ، المدونة (٣٠٥/٥) .

لأن الأمين متعد بالدفع للمرتهن والمرتهن متعد بأخذه كذا قرر شيخنا ومثله في البناني"[1] .

هذا اذا كان العدل قد دفع الرهن الى المرتهن فان كان قد دفعه الى الراهن بلا اذن المرتهن فأتلفه فان العدل يضمن للمرتهن الأقل من قيمة الرهن ومن الدين وعللوا ذلك بأن القيمة ان كانت أقل فهي التي تعدى عليها وان كان الدين أقل فليس للمرتهن طلب زائد عليه .

فاذا غرم العدل للمرتهن فانه يرجع على الراهن بكل ماغرمه من قيمة الرهن أو قَدْر الدين قاله الدسوقي[2] .

أما الشافعية[3] فقد ذهبوا الى أن العدل اذا دفعه الى المرتهن فتلف في يده فان للراهن تضمين العدل أو المرتهن وقرار الضمان على المرتهن فان كان الدين حَالاًّ حصلت المقاصه بين الراهن والمرتهن في قيمة الرهن وقَدْر الدين .

وان كان العدل قد دفعه الى الراهن فتلف في يده فللمرتهن أيضا تضمين العدل أو الراهن قيمة الرهن وان زادت على حقه وذلك ليكون رهنا مكان الرهن التالف وقرار الضمان عند ذلك على الراهن .

ويرى الحنابلة[4] أن العدل اذا دفعه الى أحدهما من غير اذن الآخر فانه يضمن للثاني حقه لأنه فوته عليه .

والذي يظهر لي أن أعدل الأقوال في ذلك ماذهب اليه الحنفية لقوة ما استدلوا به من النظر ،وسلامته من الايراد عليه .والله أعلم .

---

(١) حاشية الدسوقي (٢٤٤/٣) .
(٢) المرجع السابق .
(٣) روضة الطالبين (٨٦/٤) ،مغني المحتاج (١٣٤/٢) .
(٤) المغني (٢٦٥/٤) ،المبدع (٢٣٢/٤) ،كشاف القناع (٣٣٢/٣) ،شرح منتهى الارادات (٢٣٩/٢) .

المطلب الرابع : في اتلاف المرهون أو نمائه

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في أن من أتلف الرهن فعليه ضمانه بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا ويُجْعَلَ المثل أو القيمة رهنا بدل الرهن المتلف والراهن والمرتهن في ذلك كالأجنبي على حد سواء . هذا اذا لم يكن مأذونا له في الاتلاف فان أَذِنَ الراهن للمرتهن أو بالعكس في اتلاف الرهن فأتلفه فلا ضمان عليه . حيث جاء في قواعد الفقهاء : " الاذن الشرعي ينافي الضمان"[1] .

وذهب ابن حزم الى أن الراهن ليس عليه ضمان الرهن اذا أتلفه لأنه ماله بلا خلاف[2] .

هذا اذا كان المُتْلَفُ أَصْلُ الرهن أما اذا كان نماء الرهن فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في استهلاك المرتهن أو الراهن لنماء الرهن ومنافعه على قولين :

القول الأول :

يرى الحنفية[3] والحنابلة[4] أن نماء الرهن مرهون مع الأصل تبعا بناءعلى ذلك ليس لأحدهما استيفاء المنافع أو استهلاك نماء الرهن بغير اذن صاحبه فان خالف وفعل ذلك بغير اذن فعليه الضمان .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٧٨٠/٨)،تبيين الحقائق (٨٧/٦)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٤٢/٣)، الأم (١٤٨/٣ – ١٤٩) ،روضة الطالبين (٨٢،٧٤/٤) ،مغني المحتاج (١٣١/٢ – ١٣٢)، المغني (٢٩٧/٤)،كشاف القناع (٣٢٢/٣ – ٣٢٨،٣٢٤) .

(٢) المحلى (٤٩١/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٧٨٠/٨)،تبيين الحقائق (٩٤/٦ – ٩٥)، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير (١٩٧/١٠) ومابعدها .

(٤) كشاف القناع (٣٤٢،٣٢٦/٣)،شرح منتهى الارادات (٢٤٢،٢٣٦/٢)، الانصاف (١٧٢،١٥٨/٥)، المحرر (٣٣٦/١)، المغني (٢٩١،٢٩٠/٤) .

أما علة تضمين المرتهن فلأن الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان .

وأما علة تضمين الراهن فلأن المُتْلَفَ وان كان مملوكا له لَكِنْ للمرتهن فيه حق قوى يُلْحَقُ بالمِلْكِ فى حق وجوب الضمان .

ومما ينبغى التنبه اليه أن الحنابلة قد استثنوا من القول بعدم جواز استيفاء منافع العين المرهونة من قِبَلِ الراهن أو المرتهن من غير اذن مسألة ما اذا كان الرهن مركوبا ومحلوبا فقالوا للمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريا العدل فى ذلك ،ولو لم يأذن له الراهن بالركوب أو الحلب ولاضمان على المرتهن فى ذلك للراهن مقابل استيفائه للمنافع أو شربه للحليب بل كل ذلك مقابل النفقة على هذا الحيوان .

فما يستوفيه المرتهن من منافع الرهن مضمونا عليه بالنفقة على العين المرهونة وليس بالقيمة أو بالمثل التى تدفع الى الراهن كما هو الحال فى سائر المضمونات .

فالضمان اذاً لم ينتف عن المرتهن وانما اختلفت كيفيته ومن هنا قال الحنابلة انه لايركب ويحلب الا بقدر النفقة .

وهذا القول هو من مفردات مذهب الحنابلة (١) قال ابن قدامة (٢): " نص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الخرقى ... وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الانفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه" .

وقال : " ونص عليه أحمد فى رواية الأثرم : قال سمعت أبا عبدالله يُسْأَلُ عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لاينتفع منه بشئ الاحديث أبى هريرة خاصة فى الذى يركب ويحلب ويعلف قلت له فان كان اللبن والركوب أكثر قال : لا . الا بقدر" .

وقال : "قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لاينتفع

---

(١) الانصاف (١٧٢/٥) .

(٢) المغنى (٢٩٠/٤ - ٢٩١) .

من الرهن بشئ الاماخصه الشرع به فان القياس يقتضى أن لاينتفع بشئ منه تركناه فى المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس" ٠

واستدل الحنابلة على مذهبهم هذا بما روى البخارى[1] عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : "الرهن يركب بنفقته ويشرب لبن الدَّرِّ اذا كان مرهونا" ٠

وفى لفظ آخر : " الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة" ٠

قالوا : فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم منفعته بنفقته وهذا محل النزاع ٠

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث بأن هذا الحديث مُجْمَل لايدل على أن المرتهن هو الذى يركب ويحلب فقد قال الخطابى[2] : " وقوله : وعلى الذى يحلب ويركب النفقة ،كلام مبهم ليس فى نفس اللفظ منه بيان من يركب ويحلب من الراهن أو المرتهن أو العدل الموضوع على يده الرهن " ٠

وقد أجاب الحنابلة عن ذلك : بأنه قد روى الامام أحمد رحمه الله مايبين اجمال هذا الحديث عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشربه نفقته ويركب"[3] ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أنه جعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع ٠ ولايصح أن يكون المراد به هو الراهن لأن فى قوله : "نفقته" اشارة الى أن الانتفاع مقابل النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن

---

(١) صحيح الامام البخارى (٣/١١٥ ـ ١١٦) كتاب الرهن باب (٤)، الترمذى (٣/٥٤٦) كتاب البيوع باب (٣١) وقال هذا حديث حسن صحيح ٠٠٠والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم وهو قول أحمد واسحاق ٠ ورواه أيضا أبو داود (٣/٧٩٥) كتاب البيوع باب (٧٨)،وابن ماجه (٢/٨١٦) ، كتاب الرهون باب (٢)،والامام أحمد فى المسند (٢/٤٧٢) ٠

(٢) معالم السنن (٣/٧٩٥) ٠

(٣) مسند الامام أحمد (٢/٢٢٨) وصحح اسناده أحمد شاكر راجع المسند بتحقيقه (١٢/٩١)٠ وصححه ابن القيم راجع اعلام الموقعين (٢/٤١) ، سنن الدارقطنى (٣/٣٤) كتاب البيوع حديث (١٣٤) ٠

فانفاقه وانتفاعه لابطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر .

وقد نوقش استدلالهم بهذا الحديث من عدة وجوه :

(١) ناقش الطحاوى الاستدلال بهذا الحديث بأنه لايصح لأنه منسوخ بتحريم الربا .[1]

وقد رد ابن حجر على دعوى الطحاوى للنسخ فقال : " وتُعقِّبَ بأن النسخ لايثبت بالاحتمال والتَّأريخ فى هذا متعذر والجمع بين الأحاديث ممكن " .[2]

وقد ردها أيضا ابن حزم لكنه قد أعل هذا الحديث فقال : " ان هذا خبر ليس مسندا لأنه ليس فيه بيان بِأَنَّ هذا اللفظ من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيضا فان فيه لفظا مختلفا لايفهم أصلا وهو قوله ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقتها وتركب " وحاشا الله أن يكون هذا من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم المأمور بالبيان لنا وهذه الرواية انما هى من طريق اسماعيل بن سالم الصائغ مولى بنى هاشم عن هشيم فالتخليط من قِبَلِهِ لامن قِبَلِ هشيم فمن فوقه " .[3]

وقد رد ابن حجر على ابن حزم قوله هذا فقال : " وتُعُقِّبَ بأن أحمد رواها فى مسنده عن هشيم وكذلك أخرجه الدارقطنى من طريق زياد بن أيوب عن هشيم " .[4]

قلت : والاسناد الذى روى به الامام أحمد هذا الحديث صحيح كما قال الأستاذ أحمد شاكر .[5]

(٢) أن هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين أحدهما : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير اذنه .

والثانى تضمين ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

---

(١) شرح معانى الآثار (٩٩/٤) .
(٢) فتح البارئ (٢٣٣/١٠) .
(٣) المحلى (٤٨٨/٨) .
(٤) فتح البارئ (٢٣٣/١٠) .
(٥) مسند الامام أحمد بتحقيقه (٩١/١٢) .

قال ابن حجر : " قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لايختلف فى صحتها " (١) .

وقد رد طائفة من العلماء على ذلك فالصنعانى (٢) رحمه الله سلم أنه على خلاف القياس الا أنه قد أوجب الأخذ به لأن الأحكام الشرعية لاتأتى مطردة على نسق واحد بل الأدلة تفرق بينها فالشارع حكم هنا بركوب المرهون وشرب لبنه وجعله قيمة النفقة وقد حكم الشارع ببيع الحاكم عن المتمرد بغير اذنه وجعل صاع التمر عوضا عن اللبن وغير ذلك .

أما شيخ الاسلام ابن تيمية (٣) وتلميذه ابن القيم (٤) رحمهما الله فقد أنكرا أن يكون مثل هذا الحديث على خلاف القياس قال شيخ الاسلام ابن تيمية "فان الرهن اذا كان حيوانا فهو محترم فى نفسه ولمالكه فيه حق وللمرتهن فيه حق واذا كان بيد المرتهن فلم يركب ويحلب ذهبت منفعته باطلة . وقد قدمنا أن اللبن يجرى مجرى المنفعة . فاذا استوفى المرتهن منفعته وعوض عنها بالنفقة كان فى هذا جمع بين المصلحتين وبين الحقين فان نفقته واجبة على صاحبه والمرتهن اذا أنفق عليه أدى عنه واجبا وله فيه حق فله أن يرجع ببذله والمنفعة تصلح أن تكون بدلا فأخذها خير من أن تذهب على صاحبها وتذهب باطلا" (٥) .

وأما دعوى مخالفة هذا الحديث للأصول فقد ردها ابن القيم رحمه الله فقال : " الأصول كتاب الله وسنة رسوله واجماع أمته والقياس الصحيح الموافق للكتاب والسنة ،فالحديث الصحيح أصل بنفسه فكيف يقال الأصل يخالف نفسه . هذا من أبطل الباطل والأصول فى الحقيقة اثنان لاثالث لهما : كلام الله وكلام رسوله وماعداهما فمردود اليهما . فالسنة أصل قائم بنفسه والقياس فرع فكيف يرد الأصل بالفرع ؟ قال الامام أحمد

---

(١) فتح البارئ (٢٣٣/١٠) .

(٢) سبل السلام (٤٩/٣) .

(٣) مجموع الفتاوى (٥٦٠/٢٠) .

(٤) اعلام الموقعين (٢١/٢ - ٤٢) .

(٥) مجموع الفتاوى (٥٦٠/٢٠) .

انما القياس أن تقيس على أصل فأما أن تجئ الى الأصل فتهدمه ثم تقيس فعلى أى شئ تقيس"[1] .

وفى هذا المعنى يقول الخطابى رحمه الله[2] : "والأصل أن الحديث اذا ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب القول به وصار أصلا فى نفسه وعلينا قبول الشريعة المبهمة كما علينا قبول الشريعة المُفَسَّرة والأصول انما صارت أصولا لمجئ الشريعة بها" .

القول الثانى :

يرى المالكية[3] والشافعية[4] والظاهرية[5] أن منافع ونماء العين المرهونة للراهن وأنها لاتدخل فى الرهن وقَيَّدَ المالكية ذلك بكون النماء من غير جنس الأصل ويطلقون عليه الغَلَّة أما اذا كان من جنس الأصل كالولد وفرخ النخل فانه يكون مرهونا تبعا لأصله .

بناء على ذلك فان للراهن استيفاء منافع العين المرهونة واستهلاك النماء المتولد منها ولايكون الرهن مانعا من ذلك .

ونَبَّه الشافعية على أنه يلزم الراهن المحافظة على العين المرهونة فلايتصرف فيها تصرفا يزيل الملك أو ينقله عن العين كالبيع أو الهبة أو تصرفا يزاحم المرتهن فى مقصود الرهن مثل الرهن عند غيره . أوتصرفا يُنْقِصُ المرهون أو يُقَلِّل الرغبة فيه كالتزويج .

فالحاصل أنه متى تصرف الراهن فى العين المرهونة تصرفا فيه اتلاف لها فتلفت فان عليه الضمان بناء على ذلك فليس له الا أن يستوفى المنافع التى لاتضر بالمرتهن كسكنى الدار وركوب الدابة ولبس الثوب وحلب الدابة وشرب لبنها ونحو ذلك فان تلفت أثناء الانتفاع الجائز فى

---

(١) اعلام الموقعين (٣٣٠/٢) .

(٢) معالم السنن (٧٢٤/٣) .

(٣) جواهر الاكليل (٨١/٢ - ٨٢)، المدونة (٣٠٤/٥)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٢٤٦/٣)، المنتقى (٢٤٠/٥ - ٢٤١) .

(٤) الأم (١٣٧/٣، ١٤٤ - ١٤٥)، روضة الطالبين (٧٤/٤ - ٧٥، ٧٧، ٧٩)، مغنى المحتاج (١٣٠/٢ - ١٣٢) .

(٥) المحلى (٤٨٣/٨ - ٤٨٤) .

يده من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه .

وحينما قال المالكية بأن منافع العين المرهونة للراهن نصّوا على جواز اشتراطها للمرتهن واشترطوا لذلك شرطين :

(١) تعيين مدة المنفعة للخروج من الجهالة .

(٢) أن يكون سبب الرهن عقد البيع لاعقد قرض لأنه فى البيع بيع واجارة وهوجائز وفى القرض سلف جرّ نفعا وهو لايجوز فيمنع اشتراط المنفعة فى عقد القرض .

قالوا : واذا اشترط المرتهن منفعة العين المرهونة وجاز له ذلك ثم تلف الرهن وهو مما يغاب عليه عنده فى المدة المشترطة منفعتها فهل عليه ضمانه أم لا اختلف المالكية فى ذلك على ثلاثة أقوال :

(١) الضمان لصدق اسم الرهن عليه وهذا رأى بعض متأخرى المالكية وصوبه ابن رشد (١) ورجحه الدردير (٢) .

(٢) عدم الضمان لأنه صار مستأجرا كسائر المستأجرات وهذا رأى لبعض المالكية (٣) .

(٣) ضمان بعضه دون بعض قال فى جواهر الاكليل : " وهو رأى التونسى قال ينظر للقدر الذى ذهب منه بالاجارة فان كان الربع كان ربعه مستأجرا لاضمان فيه وثلاثة أرباعه مرتهنة تضمن ضمان الرهان" (٤) .

أدلة أصحاب هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما روى سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه" (٥) .

---

(١) جواهر الاكليل (٢/٨٢) .
(٢) الشرح الكبير (٣/٢٤٧) .
(٣) جواهر الاكليل (٢/٨٢) .
(٤) المرجع نفسه .
(٥) سبق تخريجه (ص ٥١٧) .

يقول الخطابى[1] : " فى قوله "له غنمه" دليل على أنه يملك من غنمه وهو دره وولده وسائر منافعه مالايملك من الأصل فى الحال ،ولولا ذلك لم يكن لهذا التفصيل معنى ولاكان فيه فائدة إِذْ كان معلوما أن الفروع تابعة فى المُلْكِ لأصولها ولاحقة فى الحكم بها" ٠

الترجيح :

الذى يظهر لى - والله أعلم - رجحان قول من قال ان النماء والمنافع ملك للراهن فيجوز له أن يستوفى منافع الرهن ويستهلك النماء من غير أن يضر ذلك بالعين المرهونة وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامته من الايراد عليه ٠

ويقوى عندى ماذهب اليه الحنابلة من تخصيص المركوب والمحلوب بأن منافعه ودره للمرتهن مقابل النفقة وذلك لصحة الحديث الذى استدلوا به وصراحته فى محل النزاع ٠ والله أعلم ٠

---

(١) معالم السنن (٧٩٧/٣) ٠

المبحث الثانـــي

أحكام التلف فى عقد الحفـــظ

(الوديعـــة)

المطلب الأول : فى يد الوديع على الوديعة

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلـــة[4] والظاهرية[5] أن الوديعة أمانة فى يد المُودَعِ فاذا تلفت فلا ضمان عليـــه مالم يَتَعَدّ أو يقصر فى المحافظة عليها .

بناء على ذلك : فقداتفق الفقهاء على أنه يلزم المُودَع أن يحفـــظ الوديعة بنفسه فان دفعها الى أجنبى من غير عذر فتلفت فانه يضمـــن ومثال العذر ماذكره الكاسانى فى قوله : " بأن وقع فى داره حريـــق أو كان فى السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره"[6] .

وقد وضعها ابن القاسم تحت قاعدة كلية فقال : " فكل ماعلم أنـــه انما كان فى عورة يخافها على منزله أو ماأشبه ذلك فلا ضمان عليه"[7] .

واشترط الشافعية[8] والحنابلة[9] فى جواز الدفع الى أجنبى أن يعجز عـــن دفعها إلى مالكها أو وكيله أو الحاكم فان دفعها الى الأجنبى مع قدرتـــه على اعادتها الى من ذكر فتلفت فانه يضمن لأنه دفعها الى غير مالكهـــا

---

(١) المبسوط (١٠٩/١١)،بدائع الصنائع (٣٨٨٨/٨،٣٨٩١)،الدر المختار مـــع تكملة رد المحتار (٣٣٤/٨ - ٣٣٥)،مجمع الأنهر (٣٣٨/٢)،تبييـــن الحقائق (٧٦/٥ - ٧٧) .

(٢) جواهر الاكليل (١٤٠/٢)،الشرح الكبير (٤٢١/٣)،الكافى فى فقه أهـــل المدينة (١٣٥/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٣٢٧/٦)،المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٨١/٣)،المهذب (٤٧٢/١) .

(٤) كشاف القناع (١٨٦/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٥٠/٢)،الانصاف (٣١٧/٦) ، المغنى (٤٣٦/٦) .

(٥) المحلى (١٦٧/٩) .

(٦) بدائع الصنائع (٣٨٨٣/٨) .

(٧) المدونة (١٤٤/٦) .

(٨) روضة الطالبين (٣٢٨/٦)،نهاية المحتاج (١١٦/٦) .

(٩) كشاف القناع (١٩٣/٤)،المغنى (٤٣٩/٦) .

بغير اذن منه من غير عذر فضمنها .

ونبه الحنفية على أن المُوْدَع اذا دفع الوديعة الى الأجنبى وادعى العذر فانه لايصدق بمجرد دعواه بل يطالب بالبينة جاء فى بدائع الصنائع (١) : " ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لايصدق على ذلك الا ببينة عند أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدورى رحمه الله لأن الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان فى الأصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلايصدق الا بحجة " .

وبهذا القول قال المالكية اذا خفى العذر . أما اذا كان العذر ظاهرا فانه يصدق بمجرد دعواه من غير بينة جاء فى المدونة (٢) : " قلت : ويصدق أنه خاف عليها أو أراد سفرا فخشى عورة فاستودعها لذلك قال : لا . الا أن يكون سافر أو عُرِفَ من منزله عورة فيصدق كذلك قال مالك والا فلا" .

هذا اذا دفعها الى أجنبى . أما اذا دفعها الى من يحفظ مال نفسه عنده كزوجته وعياله فان جمهور الفقهاء (٣) قالوا : ان يد هؤلاء على الوديعة كيد المُوْدَع الذى دفعت اليه الوديعة ليحفظها فاذا تلفت عندهم من غير تعد أو تقصير فلا ضمان عليهم ولاعلى المُوْدَع . وذلك مالم ينهه المُودِع عن دفعها اليهم فان نهاه أن يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده ونحو ذلك ممن يحفظ مال نفسه عادة عنده فان هذا الشرط معتبر لأن الأيدى فى الحفظ متفاوتة والأصل فى الشروط اعتبارها قدر الامكان .

بناء على ذلك اذا دفعها الى هؤلاء من غير حاجة فتلفت ضمن لمخالفة الشرط أما اذا احتاج الى الدفع اليهم ولم يجد بدا من الدفع اليهم فان الشرط حينئذ يعتبر لاغيا فلاتدخل فى ضمانه لأن النهى عن الدفع اليهم

---

(١) (٣٨٨٤/٨) ،وراجع تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٧٧/٥) .

(٢) (١٤٥/٦) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٨٢/٨)، المبسوط (١٠٩/١١ - ١١٠)، المدونة (١٤٤/٦)، جواهر الاكليل (١٤١/٢) ،حاشية العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢٥٤/٢)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٣٥/٢) ،كشاف القناع (١٨٧/٤) ،شرح منتهى الارادات (٤٥٢/٢)، الانصاف (٣٢٤/٦)، المحرر (٣٦٣/٣) .

فى هذه الحالة مَنْهِيٌّ عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه .

وخالف الشافعية جمهور الفقهاء فى ذلك[(١)] : فقالوا ان على المُوْدَع أن يحفظ الوديعة بنفسه فان دفعها الى غيره ليحفظها ولو ولده أو زوجته أو عبده أو قاضيا من غير عذر ثم تلفت فان على المُوْدَع الضمان لأن المُوْدِعَ لم يرض بأمانة غيره ولايده .

هذا بالنسبة لليد الحافظة . أما الموضع الذى تحفظ فيه الوديعة :

فقد اتفق الفقهاء[(٢)] على أنه ليس للمُوْدَع أن يحفظ الوديعة الافيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه ونحو ذلك الااذا حدد له المالك موضعا معينا أو حرزا معينا فليس له أن يخالف ماحدد له المالك الا اذا كان الحرز الذى وَضَعَ فيه الوديعة مثل ماحدد له أو أحفظ منه فان كان أقل فتلفت الوديعة ضمنها لمالكها لمخالفته أمر المالك وتقصيره فى حفظ الوديعة .

ولايلزم عند الحنفية التقيد بشرط المالك الا اذا كان مفيدا .أما اذا لم يكن مفيدا فيعتبر لاغيا والضابط عندهم فى هذه المسألة : " كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لايمكن مراعاته فهو هدر"[(٣)] .

فمثال الشروط غير المعتبرة : اذا قال له احفظ بيمينك ولاتحفظ بشمالك . أو احفظ فى هذه الزاوية من البيت ولاتحفظ فى الزاوية الأخرى .

فلايصح التعيين فى هذه الحالة لانعدام الفائدة لأن التعيين عند انعدام التفاوت فى الحرز يجرى مجرى العبث .

ومثال الشروط المعتبرة : اذا قال له لاتخرجها من المصر فخرج بها فانها تدخل فى ضمانه لأنه شرط يمكن اعتباره لأن الحفظ فى المصر أكمل من الحفظ فى السفر اذ السفر موضع الخطر .

---

(١) روضة الطالبين (٣٢٧/٦)،مغنى المحتاج (٨١/٣)، المهذب (٤٧٤/١) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٨٨٥/٨)، المدونة (١٤٤/٦ – ١٤٥)، المهذب (٤٧٣/١) ، المغنى (٤٣٨/٦)،٤٤٢)، المحلى (١٦٧/٩) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٨٨٧/٨)،وراجع مجمع الأنهر (٣٤٣/٢)، المبسوط(١٢١/١١) العناية (٤٩٤/٨ – ٤٩٥) .

الا اذا أراد السفر وخاف لو تَرَكَ أن تتلف فخرج بها فتلفت فانه لايضمن لأن الخروج بها فى هذه الحاة طريق متعين للحفظ (١) .

وأما غير الحنفية فهم وان لم يَنُصُّوا صراحة على هذا كما فعل الحنفية الاأننا لو تتبعنا الفروع الفقهية التى ذكروها أمثلة على مخالفة أمر صاحب الوديعة لظهر لنا أن الفقهاء متفقون على أنه لاضمان على المُوْدَعِ اذا خالف الى أمر تظهر فيه مصلحة الوديعة . أما اذا لم تظهر المصلحة فى ذلك فانه يلزم مراعاة شرط المالك قدر الامكان ،يقول ابن قدامة : "فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة" (٢) .

لكن ما الذى يُبَيِّن أَنَّ شَرْطَ المالك هذا له فائدة فنعتبره أو ليس له فائدة فنلغيه ؟

الذى يُبَيِّن ذلك هو كون هذا الشرط مؤثرا فى الحفظ فان كان له تأثير لزم مراعاته وان لم يكن له تأثير فاننا نلغيه غير أن هذا المقياس يختلف باختلاف عادات الناس وأعرافهم فما يؤثر فى الحفظ فى زمن قد لايؤثر فى الزمن الذى يليه وهكذا .

فمثلا قال الحنفية (٣) : " لو قال له اخبئها فى هذا البيت وأشار الى بيت معين فى داره فَخَبَّأَها فى بيت آخر فى تلك الدار لاتدخل فى ضمانه لأن البيتين من دار واحدة لايختلفان فى الحرز عادة بخلاف الدارين فلايكون التعيين مفيدا" .

وخالف فى ذلك الحنابلة فقال ابن قدامة (٤) : "وليس مافَرَّقَ به صحيحا لأن بيوت الدار تختلف فمنها ماهو أقرب الى الطريق أو الى موضع الوقود أو الى الانهدام أو أسهل فتحا أو بابه أسهل كسرا أو أضعف حائطا أو أسهل نقبا،أو لكون المالك يسكن به ،أو يسكن فى غيره ،وأشباه هذا مما يؤثر فى الحفظ أو فى عدمه" .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٨٨٦/٨) ومابعدها .
(٢) المغنى (٤٤١/٦) .
(٣) بدائع الصنائع (٣٨٨٧/٨) .
(٤) المغنى (٤٤١/٦) .

هذا بالنسبة لتلف الوديعة الناشئ من التقصير فى الحفظ . أما الذى ينشأ عن تعدى المُودَع فلا خلاف بين الفقهاء أن المُودَع اذا تعدى على الوديعة فان عليه ضمانها سواء كان ذلك باستهلاكها أو باستعمالها لغير مصلحتها من غير اذن المالك فتتلف نتيجة لهذا الاستعمال أوبخلطها بغيرها خلطا لايتميز فان الخلط اتلاف لها ونحو ذلك مما يعد اتلافا حقيقة ويلحق به الاتلاف معنى ومن ذلك : أن يعمد الى تجهيل الوديعة بحيث لاتعرف من غيرها بعينها فلو مات مثلا مُجهِّلاً للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها فى حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف . ومما يلحق بالتعدى فى الوديعة حبس الوديعة بعد طلب المالك مع قدرته على تسليمها فاذا هلكت فى هذه الحال فالضمان عليه لأنه لما حبسها بعد أن طلبها صار كالغاصب لها وعلى الغاصب الضمان (1) .

---

(1) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٣٨٩٤/٨) ومابعدها، تبيين الحقائق (٧٧/٥ - ٧٨)، الهداية مع تكملة فتح القدير (٤٨٧/٧ - ٤٨٩)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٥/٢ - ٣٧)، المدونة (١٤٥/٦ - ١٤٨، ١٥٩)، الشرح الكبير (٤٢٠/٣ - ٤٢١، ٤٢٥ - ٤٢٦)، روضة الطالبين (٣٢٩/٦، ٣٣٦، ٣٤٤) ، المنهاج ومغنى المحتاج عليه (٨٨/٣ - ٩٠)، كشاف القناع (١٨٦/٤، ١٩٥، ٢٠٢)، الانصاف (٣٣٠/٦، ٣٣١، ٣٣٤، ٣٥٢)، المغنى (٤٤٤/٦ - ٤٤٥، ٤٥١ - ٤٥٢) المحرر (٣٦٣/١ - ٣٦٤) .

المطلب الثانى : الرد المبرئ من الضمان

لاخلاف بين الفقهاء فى أن الرد المبرئ من الضمان هو الرد الى المالك .

واختلفوا فى ردها الى من يحفظ مال المالك عادة على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية الى أن من رد الوديعة الى غير مالكها فلا يعتبر رادّاً للوديعة وتدخل فى ضمانه حتى يردها الى يد مالكها جاء فى بدائع الصنائع [1] : " ومنها وجوب الأداء الى المالك لأن الله أمر بأداء الأمانات الى أهلها ،وأهلها مالكها . حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو فى عيال المالك دخلت فى ضمانه حتى لو ضاعت يضمن ... ولأن مبنى الايداع على السَّتْر والاخفاء عادة فان الانسان انما يُودِعُ مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رَدَّهُ على غير المالك لانكشف، اذ السِّرّ اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لأن مبناها على الاعلان والاظهار لأنها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها فى حوائجه ولايمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لايفوت ماشرع له العارية فهو الفرق " .

وجاء فى مختصر خليل وشرحه الشرح الكبير [2] : "وتضمن بدعوى الرد لها من المُودَع بالفتح أو وارثه على وارثك أيها المُودِع بالكسر لأنه دفع لغير يد المؤتمن " .

وجاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج [3] : " وقد تصير الوديعة

---

(١) بدائع الصنائع (٣٨٩٠/٨)،وراجع الهداية مع تكملة فتح القدير (١٧/٩) .

(٢) (٤٢٩/٣) وراجع الفواكه الدوانى (٢٣٧/٢)،منح الجليل (٤٧٣/٣ - ٤٧٤).

(٣) (٨١/٣ - ٨٢،٩١) .

مضمونة على الوديع بالتقصير فيها وله أسباب عَبّر عنها المصنف بعوارض منها أن يُودِعَ غيره ولو ولده أو زوجته أو عبده أو قاضيا بلا اذن من المودع ولاعذر له فيضمن لأن المُودِعَ لم يرض بأمانة غيره ولايده".

وقال فى موضع آخر :" أو ادعى الرد على غيره أى غيرمن ائتمنه كوارثه أى المالك .... طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذَكَر اذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه" .

القول الثانى :

ذهب الحنابلة[1] الى أن من رد الوديعة الى من يحفظ مال المالك عادة كزوجته وعياله ووكيله فى القبض وخادمه وخازنه ونحوهم فانه يبرأ من ضمانها لقيامهم مقام المالك فى الرد ولأن يدهم على الوديعة كيد المالك " .

والذى يظهر لى رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الأول من أنه لايبرأ من الضمان الا بدفعها الى مالكها فقط لقوة ما استدلوا به ولأن ، المالك حينما خَصّهُ بحفظ الوديعة فقد رضى بأمانته دون غيره ولو رضى بأمانتهم لدفعها اليهم ليحفظوها له لقربهم منه ولأنه ربما يكون فى دفعها اليه معنى آخر غير كونه أمينا عليها أكثر من غيره وذلك مثل كونه لايريد أحدا ممن حوله أن يعلم بتلك الوديعة كما أشار الى ذلك الحنفية وفى اعادتها الى غير المالك تفويت لغرضه والله أعلم .

---

(١) كشاف القناع (١٩٢/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٥٣/٢)،الانصاف (٣٢٥/٦) ، القواعد لابن رجب (ص ٦٣) .

الفصل الرابع

أحكام تلف الأموال فى عقود النيابة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

فى تلف المال فى يد الوكيل

لاخلاف بين الفقهاء فى أن يد الوكيل على المال الموكل عليه يد أمانة فاذا تلف من غير تعد أو تفريط فلاضمان عليه ،يقول الكاسانى (١) "أن المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لأن يده نيابة عن الموكل بمنزلة يد المُوْدَع فيضمن بما يُضْمَنُ فى الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها" .

ويقول ابن عبد البر (٢) : "الوكيل أمين لاضمان عليه فيما دفع اليه الاماجنت يداه من قبل نفسه بتضييع أو تعمد فساد وكذلك هو أمين لاضمان عليه فى رد مادُفِعَ اليه" .

ويقول الشيرازى (٣) : "والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل فان تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن " .

وجاء فى الاقناع وشرحه (٤) : "والوكيل أمين لاضمان عليه فيما تلف فى يده من ثمن ومثمن وغيرهما بغير تفريط ولاتعد لأنه نائب المالك فى اليد والتصرف فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك كالمُوْدَعْ " .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٤٧٩/٧) .

(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٢٥/٢)،وراجع جواهر الاكليل (١٣٠/٢).

(٣) المهذب (٤٦٩/١) وراجع روضة الطالبين (٣٢٥/٤)،مغنى المحتاج (٢٣٠/٢) .

(٤) كشاف القناع (٤٧٣/٣)،وراجع المغنى (٧٥/٥،٨٠)،الانصاف (٣٩٦/٥)،شرح منتهى الارادات (٣١٥/٢) .

بناء عليه فانه اذا تعدى الوكيل أو فرط فيما وُكِّلَ فيه ثم تلف بهذا السبب فان عليه ضمانه للموكل ومن التعدى استعمال العين الموكل عليها بغير اذن الموكل فتتلف من هذا الاستعمال أو يحمل عليها فوق طاقتها . أو يطلب منه الموكل ردها فلا يفعل مع تمكنه ،أو يخالف ماقيده به الموكل صراحة أو دلالة فان الفقهاء قد نصوا على أن الوكيل لايملك من التصرف الامايقتضيه إذْن موكله فان تصرف تصرفا لم يؤذن له فيه فتلف المال فعليه ضمانه ،يقول ابن عابدين[(1)] : "وجملة الأمر أن كل ماقَيَّدَ به المُوَكِّل ان مفيدا من كل وجه يلزمه رعايته أكَّدَهُ بالنفى أولا كبعه بخيار فباعه بدونه ... وإنْ لايفيد أصلا لايجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز وان مفيدا من وجه يجب مراعاته ان أكَّدَهُ بالنفى وان لم يؤكده به لايجب مثاله لاتبعه الا فى سوق كذا يجب رعايته بخلاف قوله بعه فى سوق كذا وكذا" .

ويقول ابن قدامة[(2)] : "ولايملك الوكيل من التصرف الامايقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فاختص بما أذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ،ولو وكل رجلا فى التصرف فى زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولابعده لأنه لم يتناوله اذنه مطلقا ولاعرفا لأنه قد يُؤثِر التصرف فى زمن الحاجة اليه دون غيره ...... وان عَيَّنَ له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو بصلاح أهله أو بمودة بين المُوَكِّل وبينهم تَقَيَّدَ الاذن به لأنه قد نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته ،وان كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع فى غيره لمساواته المنصوص عليه فى الغرض فكان تنصيصه على أحدهما اذنا فى الآخر" .

وجاء فى روضة الطالبين[(3)] : " وحاصله أنه يجب مراعاة تقييد الموكل

---

(1) رد المحتار (٥٢٣/٥) .

(2) المغنى (٩٥/٥) .

(3) (٣١٤/٤) .

ورعاية المفهوم منه بحسب العرف " .

ومن أمثلة التلف التى يُرْجَعُ فيها الى العرف ماذكره الشيخ الجاسر حيث قال : " الوصى على ذبح الأضاحى هل له أن يشتريها قبل عيد يوم النحر أو لايشتريها الاوقت الذبح ؟ وهل ان اشتراها قبل وقت الذبح يضمن ان اتلفت أم لا ...؟ الظاهر أنه يرجع فى ذلك الى العادة فان كانت عادة أهل بلده جارية بشراء الأضاحى قبل وقت الذبح فله شراؤها قبله ولاضمان عليه ان ضاعت لعدم تعديه ،والاتكن عادة أهل بلده جارية بالشراء قبل وقت الذبح فليس له ذلك فان اشتراها فى هذه الحال وتلفت فالظاهر أنه يضمن لوجود التعدى منه "[(١)] .

اذا تبين هذا : فان الفقهاء[(٢)] قد نَصُّوا على أن القول قول الوكيل مع يمينه فى التلف من غير تعديه أو تفريطه اذا ادعى عليه الموكل أن التلف حصل بسببه مثل أن يدعى المُوَكِّل عليه أنه حَمَّلَ على الدابة فوق طاقتها أو حَمَّلَ عليها شيئا لنفسه أو لبس الثوب أو فرط فى الحفظ .

وعللوا ذلك بأن الوكيل أمين وهذا مما يتعذر اقامة البينة عليه فلايكلف ذلك لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر .

وقد استثنى بعض الفقهاء ما اذا كان سبب التلف ظاهرا كالحريق والنهب وشبههما مما لايتعذر فيه على الوكيل اقامة البينة غالبا فاذا كان كذلك فان عليه اقامة البينة على وجود هذا الأمر فى تلك الناحية .

---

(١) مفيد الأنام ونور الظلام فى تحرير الأحكام لحج بيت الله الحرام للشيخ عبدالله الجاسر (٢/٢٢٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٤٧٩/٧)، المغنى (٧٥/٥)،كشاف القناع (٤٧٣/٣،٤٧٥) ، الانصاف (٣٩٦/٥ - ٣٩٧)، القواعد لابن رجب (ص ٦١ - ٦٢)،روضة الطالبين (٣٤٢/٤) .

المبحث الثانى

أحكام تلف الأموال فى عقد المضاربة (القراض)

المطلب الأول : فى يد العامل على مال المضاربة

لاخلاف بين الفقهاء أن عقد المضاربة من عقود الأمانة ،فالعامل فى المضاربة أمين لايضمن المال اذا تلف فى يده الا اذا تعدى عليه أو فرط فيه ،يقول ابن قدامة (١) : "والعامل أمين فى مال المضاربة لأنه متصرف فى مال غيره باذنه لايختص بنفعه فكان أمينا كالوكيل " .

وقال : " اذا تعدى المضارب وفعل ماليس له فعله أو اشترى شيئا نُهِيَ عن شرائه فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل العلم" (٢) .

ويقول الكاسانى (٣) : "أما الذى يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يَشْتَرِي المضارب به شيئا أمانة فى يده بمنزلة الوديعة لأنه قبضه باذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة فان اشترى به شيئا صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لأنه تصرف فى مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فى مثله كالوكيل بالشراء .... فاذا خالف شَرْطَ رَبِّ المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه".

ويقول ابن عبدالبر (٤) : "والمقارض أمين مقبول قوله فيما يدعيه من ضياع المال وذهابه والخسارة فيه الاأن يتبين كذبه ... ولو شرط رب المال على العامل الضمان كان العقد فاسدا" .

---

(١) المغنى (٥٥/٥) وراجع كشاف القناع (٥١٣/٤)،شرح منتهى الارادات(٣٣٧/٢) التنقيح المشبع (ص ٢١٤)، المبدع (٣٥/٥)، القواعد لابن رجب (ص ٦٥) .

(٢) المغنى (٣٩/٥) . وراجع (ص ٣١، ٤٠ - ٤١) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٦٠٤/٨) وراجع (ص ٣٦٥٤)،تبيين الحقائق (٥٣/٥) ، الهداية (٤٤٦/٨)، المبسوط (١٩/٢٢) .

(٤) الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٢/٢)،وراجع الفواكه الدوانى(١٧٧/٢) المدونة (٩٣/٥) .

قال الدردير [(١)] : "أي شرط فيه على العامل ضمان رأس المال ان تلف بلا تفريط أو أنه غير مصدق فقراض فاسد لأنه ليس من سُنّة القراض . وفيه قراض المثل ان عَمِلَ والشرط باطل ولايُعْمَلُ به" .

ويقول الشيرازي [(٢)] : "والعامل أمين فيما في يده فان تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمُوْدَع" .

فالحاصل : أن الفقهاء متفقون على أنه يلزم عامل المضاربة أن يحافظ على المال وأن لايعرضه للهلاك أو يتعدى عليه وأن يكون تصرفه فيه بحسب المصلحة ويجمع ذلك قول ابن عبدالبر [(٣)] : "لأن في الأصول أن المال انما دفع اليه للحفظ وطلب النماء لا أن يعرضه للتوى واذا تعدى ماأَمَرَ به رَبُّ المال ضمن ماأدركه في المال من دَرَكٍ وخرج عن أمانته بتعديه" .

وقد استثنى بعض الفقهاء مايأكله العامل من مال المضاربة في السفر فهذا وان كان فيه اتلاف جزئي لمال المضاربة من قبل العامل وهو من قبيل التعدي الا أنهم قد قالوا بجوازه .

فقد ذهب الحنفية [(٤)] والمالكية [(٥)] وهو قول لبعض الشافعية [(٦)] الى أنه يجوز لعامل المضاربة أن يأكل من مالها بالمعروف في السفر دون الحضر ،يقول الكاساني [(٧)] : "وأما شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي

---

(١) الشرح الكبير (٥٢٠/٣)،راجع البهجة شرح التحفة (٢١٧/٢) .

(٢) المهذب (٥٠٨/١) وراجع روضة الطالبين (١٢١/٥،١٢٦،١٢٧)،مغني المحتاج (٣٢٢/٢)،نهاية المحتاج (٢٤٣/٥) .

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (١١٣/٢) .

(٤) المبسوط (٦٢/٢٢ - ٦٣)،الدر المختار وتكملة رد المحتار عليه (٣١٣/٨)،الهداية (٤٧٥/٨)،مجمع الأنهر والدر المنتقى شرح الملتقى (٣٣٣/٢) .

(٥) المدونة (٩٢/٥)،الكافي في فقه أهل المدينة (١١٢/٢)،جواهر الاكليل (١٧٥/٢)،الفواكه الدواني (١٧٦/٢)،البهجة في شرح التحفة (٢٢١/٢) ، شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد وحاشية العدوي عليها (١٩٠/٢) المنتقى (١٧١/٥) .

(٦) روضة الطالبين (١٣٥/٥)،المهذب (٥٠٨/٥)،مختصر المزني بهامش الأم (٦٢/٣) .

(٧) بدائع الصنائع (٣٦٤٧/٨ - ٣٦٤٨) .

آخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به فى ذلك المصر فان نفقته فى مال نفسه لافى مال المضاربة وان أنفق شيئا منه ضمن لأن دلالة الاذن لاتثبت فى المصر ... والحاصل أنه لاتَبْطُلُ نفقة المضارب بعد المسافره بالمال الا بالاقامة فى مصره أو فى مصر يتخذه دار اقامة" .

وجاء فى المدونة (١) : "وقال لى مالك وجه القراض المعروف الجائز بين الناس أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولاضمان عليه فيه ونفقة العامل فى المال وطعامه وكسوته فى سفره ومايصلحه بالمعروف بقدر المال إِذَا شَخَصَ فى المال وكان المال يَحْمِلُ ذلك فان كان مقيما فى أهله فلا نفقة له من المال ولاكسوة" .

وقد نص هؤلاء الفقهاء على ان للعامل أن يستأجر من يُعِيْنُهُ على المضاربة من مال المضاربة وينفق عليهم منه بل له أن يستأجر من مال المضاربة أجيرا يخدمه ويخدم دابته الاأن المالكية قد اشترطوا أن يكون مِثْلُهُ يخدم والمال يَحْتَمِلُ ذلك .

واتفق الحنفية والمالكية على أنه اذا أنفق على نفسه فى السفر من مال نفسه بِنِيَّةِ الأخذ من مال المضاربة ثم تلف مال المضاربة فليس له الرجوع على رب المال بشئ (٢) .

وخالف فى ذلك الحنابلة وبعض الشافعية فقالوا لانفقة للمضارب من مال المضاربة وليس له أن يأكل منه فى السفر كما ليس له أن يأكل منه فى الحَضَرِ وهذا هو المذهب عند الحنابلة (٣) وأظهر القولين عند الشافعية (٤) .

قال الحنابلة : الا أن يشترط المضارب النفقة فى السفر فله ذلك .

وأضاف شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) أو تجرى العادة بأن نفقة المضارب فى

---

(١) (٩٣/٥) .

(٢) راجع بدائع الصنائع (٣٦٤٩/٨)، المدونة (٩٤/٥ - ٩٥) .

(٣) الانصاف (٤٤٠/٥)، كشاف القناع (٥٠٧/٣)، غاية المنتهى (١٧١/٢)، شرح منتهى الارادات (٢٣٢/٢)، المحرر (٣٥٢/١)، المغنى (٣٠/٥) .

(٤) روضة الطالبين (١٣٥/٥)، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه (٢٣٥/٥)، مغنى المحتاج (٣١٧/٢)، المهذب (٥٠٨/٥) .

(٥) الاختيارات الفقهية (ص ١٤٥) .

مال المضاربة فان له أن يأكل من مال المضاربة بالمعروف وقوَّى هذا المرداوى فقال : " وكأنه أقام العادة مقام الشرط وهو قَوِيٌّ فى النظر"[1] .

وأما عند الشافعية فانه اذا شرط النفقة فى السفر فى ابتداء القراض فانه يَفْسُدُ القراض على الأصح كما لو شرط نفقة الحَضَر . وهناك وجه آخر عندهم وهو أنه لايَفْسُدُ القراض لأنه من مصالح العقد .

وقد استدل أصحاب هذا القول وهم الحنابلة والشافعية بما يأتى :

(١) أنها نفقة تَخُصُّه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الدواء.

(٢) أنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره .

(٣) اذا قلنا بأنه يستحق النفقة فان ذلك قد يؤدى الى انفراده بالربح اذا لم يربح سوى ما أنفقه أو يأخذ جزءا من رأس المال اذا كانت النفقة أكثر من الربح وهو ماينافى مقتضى العقد .

واستدل أصحاب القول الأول على أن للعامل النفقة فى مال المضاربة فى حال السفر بما يأتى :

(١) أن الربح فى باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لايسافر بمال غيره لفائدة تَحْتَمِلُ الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تُجْعَلْ نفقته فى مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مَسَاسِ الحاجة اليها فكان إِقْدَامُهُمَا على هذا العقد والحال ماوصَفْنَا اذناً من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذونا فى الانفاق دلالة فصار كما لو أَذِنَ له به نصا.

(٢) أنه يسافر لأجل المال لاعلى سبيل التَبَرُّعْ . ولابِبَدَلٍ واجب له لامحالة فتكون نفقته فى المال بخلاف المُبْضَع لأنه يسافر بمال الغير على وجه التَبَرُّع . وبخلاف الأجير لأنه يعمل ببدل لازم فى ذمة المستأجر لامحالة فلايستحق النفقة .

والذى يترجح عندى فى هذه المسألة ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من عدم جواز أكل العامل من مال المضاربة الا فى السفر بإذن

---

(١) الانصاف (٥/٤٤٠) .

من رب المال أو شرط فى العقد يوجب له النفقة فيه أو عادة تقوم مقـام الشرط فان كان كذلك جاز له والا فلا وعليه ضمان ما استهلكه من مـال المضاربة وذلك لعموم الأدلة من الكتاب والسنة التى تنهى نهى تحريم عـن أكل مال الغير الا برضاه أو بطيب نفس منه . وما استدل به أصحـاب القول الثانى منقوض بحالة الحضر حيث لاخلاف بين الفقهاء فى أن العامـل لايأكل من مال المضاربة فى حالة الحضر ونفقته فى هذه الحال فى مـال نفسه فتخصيص حال السفر بالجواز حكم شرعى يحتاج الى دليل ولم أقـف على دليل لهم تقوم به حجة والله أعلم .

المطلب الثاني : في الآثار المترتبة على تلف رأس المال واتلافه في عقد المضاربة

لايخلو أن يكون تلف رأس المال في عقد المضاربة قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء أو بعد التصرف وفيما يلي نعرض آراء الفقهاء في كل مسألة .

المسألة الأولى : تلف رأس مال المضاربة تلفا كليا أوجزئيا قبل التصرف .

(أ) حالة التلف الكلي :

لاخلاف بين الفقهاء أن التلف الكلي للمال قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء يُنْهي عقد المضاربة (١) . يقول الكاساني (٢) : "لأنه قد تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة" .

وجاء في روضة الطالبين (٣) : " أما اذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده فيرتفع القراض " .

ويقول ابن قدامة (٤) : "اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به" .

بناء عليه : فقد قال الفقهاء : لو دفع رب المال الى المضارب مالا آخر خَلَفاً للمال التالف فان رأس المال يكون الثاني فقط دون الأول لأن الأول بالتلف قبل التصرف خرج من أن يكون قراضا .

هذا اذا تلف بفعلٍ غَيْرِ مضمون وهو مايعبر عنه الفقهاء بآلافة السماوية أما اذا تلف بفعل مضمون كأنْ أتلفه آدمي فلا خلاف أن على المتلف البدل واذا أخذ منه البدل استمر القراض فيه كما لو لم يتلف .

---

(١) المبسوط (١٦٩/٢٢)،جواهر الاكليل (١٧٥/٢)،مغني المحتاج (٣١٩/٢) ، كشاف القناع (٥٠٨/٣) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٦٦٤/٨) .

(٣) (١٣٩/٥) .

(٤) المغني (٤٨/٥) .

(ب) حالة التلف الجزئى :

ان ماأسلفنا محله تلف المال تلفا كليا قبل التصرف فيه أما اذا تلف جزئيا :

فقدذهب بعض الفقهاء الى أن المضاربة تنفسخ فى التالف ويكون رأس مال المضاربة هو الباقى قالوا : لأنه مال هلك على جهته قبل التصرف أشبه التالف قبل القبض وهذا هو قول الحنابلة (١) والأصح من الوجهين عند الشافعية (٢) .

وذهب المالكية (٣) الى أن التالف يجبر من الربح ويكون رأس المال التالف مضافا اليه الباقى بعد التلف ولايستحق العامل الربح حتى يستوفى رب المال جميع رأسماله بيان ذلك ماجاء فى المدونة (٤) : "قلت أرأيت ان دفعت الى رجل ألف درهم قراضا فلم يعمل بالمال حتى ضاع منه خمسمائة درهم ثم عمل فربح أكثر من رأس المال قال قال مالك يجبر رأس المال من الربح وان لم يعمل بالمال حتى ضاع منه .... قلت : أرأيت ان أخذتُ مالا قراضا فذهب اللصوص بنصف رأس المال أو سقط مِنّي نصف رأس المال قبل أن أعمل فى المال ثم عملت فىالنصف الباقى فربحت فيه مالاً كيف يكون هذا فى قول مالك قال : قال مالك : يُتِمّ رأس المال الذى أَخَذَتِ اللصوص والذى ضاع من الربح ويكون بعد ذلك الربح بينهما على ما اشترطا ولايكون فى المال ربح حتى يُتِمَّ رأس المال" .

وهذا عند المالكية فيما اذا كان التلف بسبب سماوى كالجائحة وسرقة لصوص ولم يؤخذ البدل منهم أو حريق ونحو ذلك .

أما اذا كان التلف بفعل أجنبى فَأُخِذَ بدله أوبفعل العامل بأن استهلك من المال شيئا فان هذا التالف لايجبر من الربح لأنه تَلِفَ بفعل مضمون بخلاف ماتلف بآفة سماوية (٥) ،وقد أجاب ابن القاسم على سؤال سحنون

---

(١) كشاف القناع (٥٠٨/٣)،شرح منتهى الارادات (٣٣٣/٢)،الانصاف (٤٤٤/٥) ، المبدع (٣٠/٥)،المحرر (٣٥٢/١) .

(٢) روضة الطالبين (١٣٩/٥)،مغنى المحتاج (٣١٩/٢)،نهاية المحتاج(٢٣٨/٥).

(٣) الشرح الكبير (٥٢٩/٣)،جواهر الاكليل (١٧٥/٢)،الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٤/٢) .

(٤) المدونة (٩٩/٥) .

(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٥٢٩/٣) .

حينما سأله ما الفرق بين ما تلف بآفة سماوية أنه يجبر من الربح بخلاف ما أكله العامل ونَصُّ ما قال ابن القاسم : "لأنه اذا أكله فقد ضَمِنَه واذا سقط فلا ضمان عليه فيه وكذلك اذا أَخَذَتْهُ اللصوص فلا ضمان عليه فيه فإنْ رَبِحَ فى بقية المال كان عليه أن يَجْبُرَ رأس المال فاذا أكله فهو ضامن لما أكل والذى ضَمِنَ هو تمام رأس المال الا أنه لاربح للذى ضَمِنَ لأنه لم يعمل به ... قلت : أرأيتَ ان دَفَعْتُ الى رجل ألف درهم قراضا فأكل خمسمائة منها ثم اتَّجَرَ فى المال فربح كيف يكون هذا قال : قال مالك : فى رجلٍ دَفَعَ اليه رَجُلٌ مالا قراضا فتسلف منه مالا ثم عمل بما بقى قال مالك:هو ضامن لما تَسَلَّفَ منه ومابقى فى يديه يعمل به فهو الذى فيه القراض وليس الذى تَسَلَّفَ منه على القراض فمسألتك أرى الخمسمائة التى عمل بها هى رأس مال القراض فربحها على ما اشترطا والعامل ضامن للخمسمائة التى أكلها ولايحسب لها ربحا ولاشىء على العامل فيها" (١) .

وقد استثنى المالكية من قولهم : ان التالف بآفة سماوية يجبر من الربح ما اذا تحاسب المضارب ورب المال بعد التلف ،ثم قَبَضَ ربُّ المال الباقى من رأس ماله بعد التلف ،ثم ردَّه الى العامل مَرَّة أخرى فانه حينئذ يكون قراضا جديدا مستأنفا ويكون رأس المال هو ماردَّهُ عليه مرة أخرى فقط دون التالف (٢) .

ونبه المالكية على أنه لابد من قبض رب المال الباقى بعد التلف حتى تصبح مضاربة جديدة أما لو قال له العامل لاأعمل به حتى تجعل الباقى رأس مالك وتسقط عَنّي ماتلف فقال له رب المال نعم اعمل بهذا أو قد أَسقطتُ عنك ماتلف فقد قال ابن القاسم : " أرى أنه على قراضه أبدا مالم يدفع الى رب المال ماله ويفاصله . وهو رأيى ولاينفعه قوله الا أن يدفع اليه ويتبرأ منه ثم يدفع اليه الثانية ان أَحَبَّ . قال ابن القاسم : ولو أحضره وحاسبه مالم يدفعه اليه فهو على القراض الأول حتى يقبضه وكذلك

---

(١) المدونة (١٠١/٥) .

(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٤/٢)،جواهر الاكليل (١٧٥/٢)،الفواكه الدوانى (١٧٧/٢) .

سمعت عن مالك "[1] .

وبالنظر فى أقوال الفقهاء فى هذه المسألة تبين لى أن محل النزاع هو ما اذا تلف مال القراض قبل التصرف فيه تلفا جزئيا بآفة سماوية .

فالحنابلة والشافعية فى أصح الوجهين أن الباقى هو رأس مال المضاربة ولايجبر من الربح .

والمالكية قالوا بأنه يجبر من الربح الا اذا استلم رب المال الباقى بعد التلف من المُضَارِب ثم دفعه اليه من جديد .

والذى يبدو لى والله أعلم ،رجحان ماذهب اليه الشافعية والحنابلة لأن الأصل المتفق عليه أن يَدَ العامل على مال المضاربة يد أمانة لايَضْمَنُ الا بالتعدى أو التفريط . فاذا لم يفرط وحصلت الآفة السماوية فلا ضمان عليه .

---

(١) المدونة (٩٩/٥) .

المسألة الثانية : تلف رأس مال المضاربة تلفا كليا أوجزئيا بعد التصرف .

(أ) حالة التلف الكلى :

لاخلاف بين الفقهاء أن تلف المال تلفا كليا بعد تصرف العامل فيه بالبيع والشراء يؤدى الى انفساخ المضاربة وانتهاء عقدها الا أن الفقهاء قد استثنوا من ذلك ما اذا اشترى المضارب عرضا للمضاربة ثم تلف المال كله قبل نقد الثمن .

فقد ذهب الحنفية (١) والحنابلة (٢) والشافعية (٣) فى أحد الوجهين الى أنه يلزم رب المال دفع ثمن هذا العَرَض الذى اشتراه المضارب قبل تلف المال وذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل ثم اختلفوا فى رأس المال هل يكون المال التالف والثمن المدفوع بعد التلف أو يكون رأس المال الثمن الأخير فقط دون التالف .

فذهب الحنفية والشافعية فى أحد الوجهين الى أن رأس المال هو مادفعه أولاوماغرم ثانيا وليس للعامل شئ من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله كله . يقول الكاسانى (٤) : "فان هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة ألفا فاشترى بها جارية ولم يَنْقُدْ الثَّمَنَ البَائِعَ حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التى قبض يرجع

---

(١) بدائع الصنائع (٣٦٦٥/٨)، المبسوط (١٦٨/٢٢)، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٧٤/٥)، الدر المختار مع تكملة رد المحتار عليه (٣٢٠/٨) .

(٢) كشاف القناع (٥٠٨/٣)، شرح منتهى الارادات (٣٣٤/٢)، الانصاف (٤٤٤/٥) ، المحرر (٣٥٢/١)، المغنى (٤٨/٥)، المبدع (٣٠/٥ - ٣١) .

(٣) المجموع (٤٣٨/١٣)، مغنى المحتاج (٣١٩/٢)، روضة الطالبين (١٤٠/٥) ، وفيها أن الوجه الثانى : هو قول ابن سريج وهو أن الشراء يقع عن العامل وعليه الثمن ويرتفع القراض قال فى المجموع (٤٣٨/١٣) ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى ان ماتلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض" . وقد أطلق فقهاء الشافعية هذين الوجهين من غير ترجيح أحدهما على الآخر والله أعلم .

(٤) بدائع الصنائع (٣٦٦٥/٨) .

بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة ومابعد ذلك أبدا حتى يسلم الى البائع ويكون مادفعه أولا رب المال وماغرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل .... ولأنه غُرْمٌ لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ماغرم رب المال من رأس المال ويهلك مجانا يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لايجوز" .

وجاء فى المجموع (1) : "أن الشراء يكون فى القراض لأنه معقود له وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : ان ماتلف بعد الشراء وقبل البيع داخل فى القراض فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفا ثانية تصير فى ثمن العرض ،يصير رأس المال ألفى دينار وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها فى ثمن العرض لزم رب المال أن يدفع ألفا ثالثة ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين " .

وذهب الحنابلة الى أن رأس المال الثمن المدفوع عوضا عن التالف دون أن يُحْسَبَ التالف يقول ابن قدامة (2) : "فان اشترى للمضاربة شيئا فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه" .

وخالف المالكيةُ جمهورَ الفقهاء فى أصل المسألة فقالوا ان المضارب اذا اشترى سلعة للمضاربة فتلف المال كله قبل أن ينقد البائع الثمن فرب المال بالخيار بين أن يدفع ثمن السلعة المشتراة وتكون السلعة قراضا على حالها وبين أن يُلْزِمَ المقارض الثمن وتكون له فان لم يكن له مال بيعت عليه وكان عليه النقصان وله الربح (3) .

---

(1) (٤٣٨/١٣) .

(2) المغنى (٤٨/٥) ،وراجع كشاف القناع (٥٠٨/٣)، المبدع (٣١/٥)، الانصاف (٤٤٤/٥) .

(3) المدونة (١٠٢/٥)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٢٩/٣) ، جواهر الاكليل (١٧٥/٢) .

بناء عليه فقد قال المالكية [1] : اذا اختار رب المال أن يدفع ثمن السلعة المشتراة فان رأس ماله يكون المال الأخير الذى نقده ثمنا للسلعة دون التالف وهذا عندهم بناء على أن رب المال بدفعه للثمن قد استأنف قراضا جديدا فلا علاقة بين القراض الأول والقراض الثانى .

والذى يظهر لى رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء بلزوم دفع رب المال ثمن السلعة التى اشتراها المضارب لأن المضاربة باقية على حالها والتلف الذى هو من موجبات الفسخ لم يوجد حين الشراء ولاقبله واذا قلنا ببقاء المضاربة على حالها حين الشراء فان ماتلف بعد الشراء يلزم أن يكون من رأس مال المضاربة كما لو لم يتلف كل المال وهو ماذهب اليه الحنفية والشافعية فى أحد الوجهين بناء على ذلك فان العامل لايستحق شيئا من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله الأول وهو التالف مضموما اليه الثانى وهو ماغرم بعد التلف . والله أعلم .

(ب) حالة التلف الجزئى :

ماسبق بيانه انما هو بالنسبة لتلف مال المضاربة بعد التصرف فيه تلفا كليا أما اذا تلف بعضه وبقى البعض الآخر بعد التصرف فيه فقد اتفق الفقهاء [2] على أن التالف يحسب من الربح ولايستحق العامل شيئا من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله كله فلو أن رأس المال مثلا ألف دينار فتلف خمسمائة بعد تصرف العامل فيها بالبيع والشراء ثم عمل العامل بالباقى وهو خمسمائة فَرَبِحَ ألفا فان لرب المال من هذا الربح خمسمائة ليستوفى رأسماله والباقى خمسمائة بينهما على حسب شرطهما .والله أعلم .

---

(١) المدونة (١٠٢/٥) .

(٢) الدر المختار مع تكملة رد المحتار (٣١١/٨)،تبيين الحقائق (٦٧/٥ - ٦٨)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١١٤/٢)، المدونة (٩٩/٥،١٠١)،جواهر الاكليل (١٧٥/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٥٢٩/٣)،مغنى المحتاج (٣١٩/٢)،نهاية المحتاج (٢٣٨/٥)،روضة الطالبين (١٣٩/٥) ، المجموع (٤٣٨/١٣)،كشاف القناع (٥٠٨/٣)، الانصاف (٤٤٣/٥)، الروض الندى (ص ٢٦١)، المحرر (٣٥٢/١)،غاية المنتهى (١٧١/٢) .

المبحث الثالث

في يد الوصي على مال اليتيم

الوصي أمين على مال اليتيم يسعى لتنميته واستثماره بالأحظ لليتيم وينفق عليه منه بالمعروف ويلزمه أن يحافظ عليه كما يحافظ على أمواله ولايعرضه للتلف والضياع والأصل في ذلك كله[1]:

(١) قوله تعالى: " وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا"[2].

(٢) وقوله تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا. وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ".

(٣) وقوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا"[3].

(٤) وقوله تعالى: " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا "[4].

(٥) وقوله تعالى: " وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا"[5].

فهذه الآيات تدل دلالة صريحة على وجوب العدل في مال اليتيم والقيام له بالقسط وتحريم أكل ماله بغير حق وتوعُّد آكله بالنار.

---

(١) راجع في ذلك أحكام القرآن للهراس الطبري (١٢١/٢)، الجامع لأحكام القرآن (٤٠/٥، ٤٥)، أحكام القرآن لابن العربي (٣٢٧/١)، المحلى (٢٥٣/٩).

(٢) النساء : ٢

(٣) النساء : ١٠

(٤) الاسراء : ٣٤

(٥) النساء : ١٢٧

وقد اتفق العلماء رحمهم الله على أن الوَصِيّ الغنى لايجوز له أن يأخذ من مال اليتيم شيئا مستدلين بقوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف " .

واختلفوا فى الوصى الفقير هل يجوز له أن يأكل من مال اليتيم أو لا؟

القول الأول :

أن الفقير كالغنى لايجوز له أن يأخذ من مال اليتيم شيئا وهذا هو مذهب الحنفية والظاهرية . يقول الجصاص(١) : " والذى نعرفه من مذهب أصحابنا أنه لايأخذه قرضا ولاغيره غنيا كان أو فقيرا ولايُقرِضه غيره أيضا . وقد روى اسماعيل بن سالم عن محمد قال : أما نحن فلا نحب للوصى أن يأكل من مال اليتيم قرضا ولاغيره وهو قول أبى حنيفة " .

ويقول ابن حزم(٢) : "وذلك أنه قد صح تحريم أموال اليتامى والوعيد بالنار فى بطونهم وصَلْيَ السعير على آكلها فكان هذا تحذيرا للدنو منها جملة الا بالتى هى أحسن وهو حفظها وانماؤها وايتاؤه اياها فقط وليس أكلها ولاتملك شىء منها التى هى أحسن بل التى هى أسوأ بلا خلاف . ومن عَنَدَ عن الحق ههنا فانه موافق لنا فى أنها التى هى أسوأ فى أموال الأجنبيين والوعيد بالنار على أموال اليتامى أشد منه على أموال غيرهم ... فصح أن كل ماقل أو كثر من مال اليتيم من الكبائر والحُوْب بنص القرآن" .

القول الثانى :

يجوز للوصى غير الحاكم وأمينه اذا كان محتاجا أن يأخذ من مال اليتيم الأقل من أجرة مثله أو قدر كفايته . أما الحاكم وأمينه فلا يجوز لهما أخذ شىء من مال اليتيم لأن لهما رزق فى بيت المال . وهذا القول

(١) أحكام القرآن (٢/٣٦٠)،وراجع جامع أحكام الصغار (٤/١٢٧) .
(٢) المحلى (٩/٢٥٣) .

هو مذهب الشافعية والحنابلة[1] . واختاره ابن العربي[2] وصححه القرطبي[3] من المالكية[4] . وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية[5] .

القول الثالث :

يجوز للوصي أن يشرب من اللبن ويأكل من الثمر فقط وذلك لأن شرب اللبن وأكل الثمر من الجذوع أمر متعارف بين الخلق متسامح فيه وقد نسب ابن العربي[6] هذا القول للامام مالك وقيّد ابن عبدالبر[7] الجواز بشرط أن يكون الوصي يخدم البهائم والأشجار وينفعه فيها أو يكون مايأكله ويشربه قليلا لاقيمة له أو بموضع ليس معه مايشتري به .

عرض الأدلة والمناقشة والترجيح .

أولا : استدل أصحاب القول الأول بالآيات السابق ذكرها في أول المبحث والتي تحظر الأكل من مال اليتيم وتتوعد آكل مال اليتيم بنار جهنم فقد قال الجصاص بعد أن ساق الآيات : " وهذه الآي محكمة حاظرة لمال اليتيم على وليه في حال الغنى والفقر"[8] .

ثانيا : استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي :

(١) قوله تعالى : " وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ "[9] .

---

(١) نهاية المحتاج (٣٨٠/٤)،مغني المحتاج (١٧٦/٢)، المهذب (٤٣٥/١)،روضة الطالبين (١٨٩/٤ - ١٩٠)،شرح النووي على صحيح مسلم (١٥٧/١٨)،فتح الباري (٢٣٣/١١) .

(٢) كشاف القناع (٤٤٣/٣)،شرح منتهى الارادات (٢٩٥/٢)، الانصاف (٣٣٨/٥ - ٣٣٩)، المحرر (٣٤٧/١) ، المغني (١٨٣/٤) .

(٣) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .

(٤) الجامع لأحكام القرآن (٤١/٥) .

(٥) الاختيارات الفقهية (ص ١٣٨) .

(٦) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .

(٧) الكافي في فقه أهل المدينة (٣٢٨/٢) .

(٨) أحكام القرآن (٣٦١/٢)،وراجع المحلى (٢٥١/٩) ومابعدها .

(٩) النساء : ٦

فأمر الله سبحانه وتعالى الغنى بأن يستعفف عن مال اليتيم وأما الفقير فقد أباح له أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف من غير اسراف يؤيد ذلك :

(٢) مارواه أبو داود[(١)] عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده : " أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لي شئ ولي يتيم قال : فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف ولامبادر ولامتأثل "[(٢)] .

وقد ناقش أصحاب القول الأول أدلة أصحاب القول الثانى بما يأتى :

أن قوله تعالى : " ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف " من الآي المتشابه المُحتمِل لعدة وجوه فالأولى بنا أن نحملها على الآى المحكمة وهى التى تدل دلالة صريحة على تحريم أكل أموال اليتامى ظلما فيكون معناها كما ذكر الجصاص[(٣)] : " وهو من يأكل من مال نفسه بالمعروف لئلا يحتاج الى مال اليتيم . لأن الله تعالى أمرنا برد المتشابه الى المحكم ونهانا عن اتباع المتشابه من غير رد الى المحكم ،قال الله تعالى : " مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِى قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَاتَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ"[(٤)] .

وتأويل من تأوله على جواز أخذ مال اليتيم قرضا أو غير قرض مخالف لمعنى المحكم ومن تأوله على غير ذلك فقد رده الى المحكم وحمله على معناه فهو أولى " .

---

(١) سنن أبى داود (٢٩٢/٣) كتاب الوصايا باب (٨)، النسائى (٢٥٦/٦) كتاب الوصايا باب ماللوصى من مال اليتيم اذا قام عليه، ابن ماجه (٩٠٧/٢) كتاب الوصايا باب (٩)، الامام أحمد/ في مسنده (١٨٦/٢، ٢١٥)، قال عنه ابن حجر : " اسناده قوى" . انظر فتح البارئ (١٠٤/١٧) . وقال الألبانى فى ارواء الغليل (٢٧٧/٥) : " وهذا اسناد حسن للخلاف المعروف فى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده" .

(٢) قال الخطابى فى معالم السنن (٢٩٣/٣) قوله "غير متأثل" أى غير متخذ منه أصل مال وأُثْلَةُ الشَّيء أصله. وراجع مشارق الأنوار (٥٩/١) .

(٣) أحكام القرآن (٣٦١/٢)،وراجع فى هذا المعنى أحكام القرآن للهراس الطبرى (١١٥/٢) ومابعدها .

(٤) آل عمران : ٧

وقال ابن حزم (١) : "ووجدناه قد أمر الفقير أن يأكل بالمعروف ولم يقل تعالى ما الشىء الذى يأكل ؟ فلم يحل لأحد أن يتحكم فى ذلك برأيه فيكون قائلا على الله تعالى مالاعلم لديه وهذا مقرون بالشرك ... قال عَلِيٌّ : فلم يكن فى معنى هذه الآية وما أَمَرَ الله تعالى فيها الا قولان لاثالث لهما :

أحدهما : قول من قال : فليأكل بالمعروف أى من مال اليتيم .

والثانى : قول من قال فليأكل بالمعروف أى من مال نفسه لامن مال اليتيم . وأنها وصية للفقير أن لايحرمه فى النفقة من نفقته التى رزقه الله تعالى اياه عن يده وفقره" .

قال : " فنظرنا فى قول من قال ان مراد الله تعالى بذلك اباحة الأكل من مال اليتيم فوجدناه دعوى بلا دليل وماكان هكذا فهو باطل وحرام أن ينسب الى الله عز وجل فسقط هذا القول لتَعَرِّيه من البرهان.... ثم اذا سقط هذا القول فقد صح القول الثانى اذ ليس فى الآية الا هذان القولان فلو لم يكن لنا دليل الا هذا لكفى لأنه برهان ضرورى صحيح فكيف والبرهان على صحته واضح قاطع مقطوع على صحته بيقين لاشك فيه وهو أنه لايحل أن ينسب الى الله شىء من الأحكام يقال فيه هذا مراد الله عز وجل الا بنص أو اجماع متيقن . ونحن على يقين وثِقَة من أن أموال اليتامى محرمة على الوصى بيقين ونحن على يقين من اباحة مال الوصى لنفسه بلاشك فنحن ان قلنا ان مراد الله تعالى باطلاقه للفقير أن يأكل بالمعروف انما هو من مال نفسه كنا على يقين وصحة من أن الله تعالى قد أراد هذا واباحته بلا شك . وكان من نسب الى الله تعالى مالايشك فى صحته محسنا مصيبا صادقا فوجب الوقوف عند هذا الذى لاتبعة على قائله فيه . ووجدنا من أخبر : أن مراد الله تعالى بقوله فليأكل بالمعروف أنه من مال اليتيم : مخالف ليقين تحريمه تعالى أموال اليتامى ناسباً الى الله تعالى برأيه مالاعلم له به وهذا حرام لايحل فبطل هذا القول جملة" .

---

(١) المحلى (٢٥٤/٩ – ٢٥٦) .

والذى أراه أن حمل هذه الآية على هذا المعنى ضعيف مخالف لما يدل عليه سياق هذه الآية وليس عليه دليل صحيح بل ان الدليل قوى فى جانب أصحاب القول الثانى وهو اذن الرسول صلى الله عليه وسلم للرجل الفقير أن يأكل من مال يتيمه . والسنة النبوية الشريفة شارحة للقرآن مبينة له والحمد لله .

وقد أخرج البخارى[1] ومسلم[2] عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت فى قوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف : أنها نزلت فى مال اليتيم اذا كان فقيرا أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بمعروف " هذا لفظ البخارى . وفى لفظ مسلم "قالت أنزلت فى والي مال اليتيم الذى يقوم عليه ويصلحه اذا كان محتاجا أن يأكل منه" .

كما نوقش الاستدلال بهذه الآية أيضا أنها منسوخة بقوله تعالى : "إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ ٱلْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا"[3] .

وقد رَدَّ على ذلك ابن العربى بقوله : " أما من قال انه منسوخ فهو بعيد لاأرضاه لأن الله تعالى يقول : فليأكل بالمعروف " وهو الجائز الحسن . وقال : ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما . فكيف ينسخ الظُلْمُ المعروفَ . بل هو تأكيد له فى التجويز لأنه خارج عنه مغاير له واذا كان المباح غير المحظور لم يصح دعوى نسخ فيه وهذا أبين من الاطناب"[4] .

وبذلك يتبين لنا رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى القائلون بجواز أكل الوصى من مال اليتيم بالمعروف اذا كان محتاجا وذلك لقوة ما استدلوا به والله أعلم .

---

(١) صحيح الامام البخارى (١٧٧/٥) كتاب التفسير سورة النساء باب (٢) .
(٢) صحيح الامام مسلم (٢٣١٥/٤) كتاب التفسير .
(٣) النساء : ١٠
(٤) أحكام القرآن (٣٢٥/١) .

اذا ثبت هذا : فان أصحاب هذا القول قد اتفقوا أيضا على أن ما أخذه الوصى الفقير بالمعروف من مال اليتيم فليس عليه عوضه اذا أيسر وهذا هو أظهر القولين عند الشافعية (١) والصحيح من المذهب عند الحنابلة (٢) وصححه ابن العربى (٣) والقرطبى (٤) من المالكية ، وابن قدامة (٥) من الحنابلة وقال : " لأنه لو وجب عليه اذا أيسر لكان واجبا فى الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس بسبب للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذى هو الأكل لم يجب بعده ، وفارق المضطر فان العوض واجب عليه فى ذمته لأنه لم يأكله عن شئ وهذا بخلافه " .

هذا بالنسبة لرأى الفقهاء فى حكم أخذ الوصى من مال اليتيم اذا كان محتاجا لِسَدِّ حاجته .

أما مخالطة اليتيم فى المآكل فهذا أمر متفق على جوازه حتى الذين قالوا بأنه لايجوز للفقير أن يأخذ من مال اليتيم قد ذهبوا الى جواز الخُلْطة والسند الشرعى لهذا القول قوله تعالى : " وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (٦) " .

وروى أبو داود (٧) عن ابن عباس رضى الله عنه قال : لما أنزل الله

---

(١) روضة الطالبين (١٨٩/٤) .

(٢) الانصاف (٣٤٠/٥) ، وراجع كشاف القناع (٤٤٣/٣) ، شرح منتهى الارادات (٢٩٥/٢) ، غاية المنتهى (١٤١/٢) .

(٣) أحكام القرآن (٣٢٦/١) .

(٤) الجامع لأحكام القرآن (٤٢/٥) .

(٥) المغنى (١٨٣/٤) .

(٦) البقرة : ٢٢٠

(٧) سنن أبى داود (٢٩١/٣ – ٢٩٢) كتاب الوصايا باب (٧) ، النسائى (٢٥٦/٦) كتاب الوصايا باب ماللوصى من مال اليتيم اذا قام عليه . قال المنذرى : " فى اسناده عطاء بن السائب ، وقد أخرج له البخارى حديثا مقرونا ، وقال أيوب ثقة ، وتكلم فيه غير واحد ، وقال الامام أحمد من سمع منه قديما فهو صحيح ومن سمع منه حديثا لم يكن بشئ ووافقه على ذلك يحيى بن معين وجرير بن عبد الحميد ممن سمع منه حديثا ، وهذا الحديث من رواية جرير عنه ، انظر مختصر سنن أبى داود (١٥١/٤) .

عز وجل " ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن " و "ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما" الآية - انطلق من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه وشرابه من شرابه ،فجعل يفضل من طعامه فيحبس له حتى يأكله أو يفسد فاشتد ذلك عليهم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل : " ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم " فخلطوا طعامهم بطعامه وشرابهم بشرابه" .

والخلطة فى الطعام مشروطة عند الفقهاء بأن يكون فيها صلاح لليتيم وحظ يقول ابن قدامة [(١)] : "ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين فى الخبز وأمكن فى حصول الأدم فهو أولى وان كان افراده أرفق به أفرده" .

ويقول الرملى [(٢)] : "وللولى خلط ماله بمال الصبى ومؤاكلته للارفاق حيث كان للصبى فيه حظ ويظهر ضبطه بأن تكون كلفته مع الاجتماع أقل منها مع الانفراد" .

ويقول ابن عبد البر [(٣)] : "ولايخالطه فى نفقة الاأن يكون له الفضل على اليتيم " .

ويقول ابن حزم [(٤)] : "فصح يقينا أن الفساد فى المخالطة محظور وأن الاصلاح فيها حسن . والاصلاح هو أن يتجافى لليتيم عن زيادة على قدر طعامه فهذا اصلاح لاشك فيه وأن يقتصر على مقدار طعامه فقط والافساد هو أن يستوفى جميع طعامه ويتزيد من مال اليتيم وهذا هو نص قولنا" .

---

(١) المغنى (١٨٣/٤) .
(٢) نهاية المحتاج (٣٨٠/٤) .
(٣) الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٢٨/٢) .
(٤) المحلى (٢٥٧/٩ - ٢٥٨) .

الفصل الخامس

تلف الأموال واتلافها فى شركات العقد

وفيه توطئة وثلاثة مباحث .

توطئـــة :

تنقسم شركات العقد فى الفقه الاسلامى الى عدة أقسام فمنها ماهـو متفق على صحته بين الفقهاء ومنها ماهو مختلف فيه .

فمن أقسام شركة العقد المتفق على صحتها بين الفقهاء شركة العنان بل ان الشافعية قالوا (١) : لايصح من الشركات غيرها وطبيعة هذه الشركة عند الشافعية : أن يشترك اثنان فأكثر فى شئ خاص دون سائر أموالهما ليتجرا فيه كأنه عَنَّ لَهُمْ شئ فاشتروه مشتركين فيه جاء فى المجموع : " وجماع القول فى شركة العنان هو أن يُخْرِجَ كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطان المالين ويشترط فيها لفظ صريح من كُلٍّ للآخر يدل على الاذن للتصرف من كُلٍّ منهما أو من أحدهما أو كناية تشعر بذلك وكاللفظ الكتابة واشارة الأخرس المفهمة " (٢) .

وهذا التكييف الفقهى لشركة العنان عند الشافعية هو ماذهب اليه الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة الاأنهم يختلفون معهم فى بعض الشروط مثل كون المالين من جنس واحد يُخْلَطَانِ بحيث لايتميزان ونحو ذلك . المهم أنهم متفقون على أنه يلزم حتى تكون الشركة عنانا أن يدفع كل من الشريكين مالا ليتكون رأس مال الشركة وأن يشتركا فى التصرف فيه فى نوع أو أنواع من التجارات ويكون تصرف كل واحد مُقَيَّدٌ باذن صاحبه فيه (٣) .

ومن الأقسام المختلف فى صحتها بين الفقهاء شركة المفاوضة فبينما

---

(١) المهذب (٤٥٦/١)، المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٢١٢/٢) .

(٢) (٨٤/١٣) .

(٣) الهداية وشرح فتح القدير (١٧٦/٦)، الشرح الكبير (٣٥٩/٣)، المغنى (١٦،١٢/٥) .

يجيزها جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة نجد أن الامام الشافعى رحمه الله يقول : " شركة المفاوضة باطل ولاأعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلا "[١] ٠

وصورة شركة المفاوضة عند الشافعية التى قالوا ببطلانها كما جاء فى المنهاج وشرحه[٢] : "وثانيها شركة المفاوضة بفتح الواو من تفاوضا فى الحديث شَرَعًا فيه جميعا أو قوم فوضى : أى مستوون ليكون بينهما كسبهما بِبَدَنٍ أو مال من غير خلط وعليهما مايعرض من غرم بنحو غصب أو اتلاف " ٠

وشركة المفاوضة بهذا المعنى فاسدة عند الحنابلة أيضا كما هى عند الشافعية يقول ابن قدامة فى النوع الثانى من أنواع شركة المفاوضة : " أن يدخلا بينهما فى الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطة ويلزم كل واحد منهما مايلزم الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد "[٣] ٠

وقد ذكر ابن قدامة[٤] ان هذه الصورة هى صورة شركة المفاوضة عند الحنفية وبالتأمل فى نصوص الحنفية فى كتبهم المعتمدة وتصويرهم لشركة المفاوضة يتبين أن ماذكره ابن قدامة ليس بصحيح ٠

نعم الحنفية توسعوا فى مفهوم شركة المفاوضة وانفردوا فى صورتها عن الحنابلة والمالكية حيث اشترطوا لتكون الشركة مفاوضة شروطا لم يشترطها غيرهم مثل أن يتساوى المتفاوضان فيما يملكانه من المال فلايجوز أن يتفرد أحدهما بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة ٠ فان كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع التساوى بينهما ٠ وان تفاضلا فى الأموال التى لاتصلح فيها الشركة كالعروض والعقار جازت المفاوضة[٥] ٠

---

(١) الأم (٢٠٦/٣) ٠
(٢) نهاية المحتاج (٤/٥)،وراجع الأم (٢٠٦/٣) ٠
(٣) المغنى (٢٢/٥)،وراجع الانصاف (٤٦٥/٥)،كشاف القناع (٥٢٢/٣)،شرح منتهى الارادات (٣٤٢/٢) ٠
(٤) المغنى (٢٢/٥) ٠
(٥) شرح فتح القدير (١٥٦/٦ ـ ١٥٧)،بدائع الصنائع (٣٥٤١/٧ ـ ٣٥٤٢) ٠

ولذلك قالوا : اذا حصل لأحدهما شئ من الأكساب النادرة كما عبر عنها ابن قدامة وذلك كالميراث أو الهبة من غير العروض والعقار فانها تبطل المفاوضة ولم يقولوا انهما يشتركان فيها . وانما بطلت عندهم لفوات المساواة فيما يصلح أن يكون رأس مال للشركة (١) .

واشترطوا أيضا صلاحية كل من الشريكين المتفاوضين للكفالة وذلك بأن يكون حرا عاقلا لأن كلا منهما سيكون كفيلا عن الآخر فى كل مايلزمه من عهدة مايشتريه فى مال الشركة (٢) .

واشترطوا أيضا ان تكون المفاوضة فى عموم التجارات ولايختص أحدهما بتجارة دون شريكه لأن ذلك يبطل معنى المساواة فى التصرف (٣) .

فالحاصل أن شركة المفاوضة عند الحنفية ليست صورتها ماذكر ابن قدامة وانما هى كما ذكر الكمال بن الهمام "أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودِيْنِهِمَا ويكون كلٌ منهما كفيلاً عن الآخر فى كل مايلزمه من عهدة مايشتريه كما أنه وكيل عنه لأنها شركة عامة يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم فى التجارات والتصرفات لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فَعَمَّ التساوى فى ذلك (٤) " .

فهذا النص قد أجمل شروط صحة شركة المفاوضة عند الحنفية فاذا فقد منها شرط تحولت الى شركة عنان .

يقول الكاسانى (٥) : " وفى كل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة كانت الشركة عنانا لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة " .

وبناء على ذلك فان مايعتبره الحنابلة والمالكية مفاوضة هى عند الحنفية عنان .

اذ أن صورة المفاوضة الصحيحة عند الحنابلة : أن يشتركا فى جميع

---

(١) الهداية وشرح فتح القدير (٦/١٦٤) .
(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٥٤١) .
(٣) بدائع الصنائع (٧/٣٥٤٢) .
(٤) الهداية وشرح فتح القدير (٦/١٥٦) .
(٥) بدائع الصنائع (٧/٣٥٤٤) .

أنواع الشركة مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان ٠وبمعنى أدق أن يشتركا فى كل مايثبت لهما أو عليهما ولم يدخلا فيها كسبا نادرا أو غرامة كلقطة وضمان مال (١) ٠

أما صورتها عند المالكية فهى على عكس شركة العنان عندهم وهى أن يطلق كل واحد من الشريكين لشريكه التصرف فى غيبته وحضوره بيعا وشراء وكراء واكتراء وغير ذلك مما تحتاج اليه التجارة وذلك بأن يُنَصّا صراحة أو يُعْرَفُ بقرينة من القرائن (٢) ٠

فالعنان عند المالكية اذاً نَفْيُ الاستقلال فى التصرف ٠والمفاوضة اطلاق التصرف ٠

ومن الأقسام المختلف فى صحتها أيضا : شركة الأبدان وتسمى شركة الأعمال أو شركة التقبل أو شركة الصنائع وهى : أن يتفق صانعان أو خياطان مثلا على أن يتقبلا الأعمال من الناس فيعملوا فيها وما رزق الله تعالى من أجر فهو بينهم ٠

فمثل هذه الشركة قد اتفق الحنفية (٣) والمالكية (٤) والحنابلة (٥) على جوازها وان اختلفوا فى بعض الشروط ٠

وخالف فى ذلك الشافعية فقالوا بعدم جواز مثل هذه الشركة لأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فاختص بفوائده (٦) ٠ وبمثل قولهم قال الظاهرية (٧) ٠

هذا مجمل لشركات العقد التى لها علاقة بموضوع البحث وسوف ينتظم الكلام عن التلف والاتلاف فيها فى ثلاثة مباحث :

---

(١) المغنى (٢٢/٥) وراجع الانصاف (٤٦٥/٥)،كشاف القناع (٥٢٢/٣)،شرح منتهى الارادات (٣٤٢/٢) ٠
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣٥١/٣) ٠
(٣) الهداية (١٨٦/٦)،تبيين الحقائق (٢٢١/٣)،بدائع الصنائع (٣٥٣٣/٧-٣٥٣٤)٠
(٤) الشرح الكبير (٣٦١/٣)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٢١/٢)، المدونة (٤٨/٥ - ٤٩) ٠
(٥) المغنى (٤/٥)،شرح منتهى الارادات (٣٣٩/٢)،كشاف القناع (٥١٨/٣) ٠
(٦) روضة الطالبين (٢٧٩/٤)،مغنى المحتاج (٢١٢/٢) ٠
(٧) المحلى (٥٤٢/٨) ٠

المبحث الأول

فى يد الشريك على مال الشركة

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) فى أن يد الشريك على مال شريكه يد أمانة لايضمن الا بالتعدى والتفريط جاء فى الدر المختار : "ويضمن بالتعدى وهذا حكم الأمانات وفى الخانية التقييد فى المكان صحيح فلو قال له لاتجاوز خوارزم فجاوز ضمن حصة شريكه" (٥) .

وجاء فى المدونة (٦) : "قلت أرأيت لو أن شريكين متفاوضين جحد أحدهما صاحبه أن يكون شريكا له وأقام الآخر عليه البينة فتلف المال الذى فى يد الجاحد أيضمن حصة صاحبه من ذلك أم لا ؟ قال هو ضامن لذلك لأنه لما جحد كان مانعا لحصة صاحبه من ذلك فلا يبرأ من حصة صاحبه حتى يدفع ذلك اليه قال : فان هلك قبل أن يدفعه اليه فهو ضامن له لأنه لما جحده صار مانعا متعديا" .

وجاء فى الاقناع وشرحه (٧) : "وان تعدى شريكٌ ما أُمِرَ به شريكه فتلف شىء من المال ضمن التالف كسائر الأمناء" .

فالحاصل أنه اذا ادعى هلاك المال فانه يصدق بيمينه مالم يتبين خلاف ذلك . أو يسند الهلاك الى أمر ظاهر لايخفى عادة فانه يطالب بالبينة ثم يكون القول قوله فى ذلك وبهذا قال الشافعية والحنابلة (٨) .

---

(١) رد المحتار (٢٩٨/٤)، الهداية وشرح فتح القدير عليها (١٨٥/٦) ، المبسوط (١٥٦/١١، ١٥٧) .

(٢) الكافى فى فقه أهل المدينة (١٢١/٢)، حاشية الدسوقى (٣٥٤/٣)، المدونة (٨٤/٥)، الفواكه الدوانى (١٧٤/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٢٨٦/٤)، المهذب (٤٥٦/١)، مغنى المحتاج (٢١٦/٢) .

(٤) المغنى (٧٥/٥)، الانصاف (٤٢٥/٥)، قواعد ابن رجب (ص ٦١، ٦٥) .

(٥) (٣٢٠/٤) .

(٦) (٨٥/٥) .

(٧) كشاف القناع (٤٩٥/٣) .

(٨) المهذب (٤٥٦/١)، المغنى (٧٥/٥) .

وذهب المالكية[1] الى أن التهمة اذا كانت قوية فانها توجب الضمان ومرادهم بالتهمة القوية ظهور كذبه ببينة أو قرينة مثل أن يدعى التلف وهو فى رفقة لايخفى عليهم ذلك ولم يعلم به أحد منهم .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٣٥٥) .

المبحث الثانى

فى الآثار المترتبة على تلف رأس مال الشركة أو بعضه فى شركتى العنان والمفاوضة

عرفنا فيما سبق أن شركتى العنان والمفاوضة تقومان على رأس مال مدفوع من جميع الشركاء فى الشركة ورأس المال هذا معرض كغيره من أموال الناس للتلف والضياع فاذا حصل التلف بعد عقد الشركة فقد اختلف قول الفقهاء على من تكون عهدة الضمان على أربعة مذاهب :

المذهب الأول :

يرى الحنفية أن عقد الشركة لايتم الا بالشراء برأس المال المدفوع وليس خلط المالين فى الشركة شرطا لصحة العقد (١) بناء على ذلك :

فان كان التلف قبل الشراء فان التالف يكون على صاحبه وان كان بعد الشراء كان الهالك من المالين جميعا لأنه هلك بعد تمام العقد بالشراء (٢) .

واستثنى الحنفية ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد ثم خُلِطَتْ بعد العقد وتلف بعضها قبل الشراء فانه فى هذه الحالة يكون التلف مشتركا بينهما لعدم اليقين بأن الهالك مال أحدهما فان أمكن تمييز أحد المالين عن الآخر فان التالف يكون من صاحبه ولو بعد الخلط (٣) .

وينبنى على ذلك بعض الفروع الفقهية :

منها : أن عقد الشركة يبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء الا اذا كانا من جنس واحد وخُلِطا لعدم التمييز بينهما . وذلك لأن الدراهم والدنانير يتعينان فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ماتعلق العقد بعينه

---

(١) بدائع الصنائع (٣٥٤٠/٧)، المبسوط (١٥٢/١١ – ١٥٣)، الهداية (١٨١/٦ – ١٨٢)، مجمع الأنهر (٧٢٢،٧١٨/١) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٥٤١/٧)، الدر المختار (٣١٥/٤)، الهداية (١٧٩/٦ – ١٨٠)، مجمع الأنهر (٧٢٢/١) .

(٣) بدائع الصنائع (٣٥٨٢/٧)، رد المحتار (٣١٥/٤) .

قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد[(١)] .

ومنها اذا تلف مال أحدهما بعد أن اشترى الآخر بماله فالمُشترَى ـ بالفتح ـ بينهما شركة عقد على ماشرطا ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لقيام الشركة وقت الشراء . وماتلف بعد الشراء فعليهما[(٢)] .

أما اذا اشترى بعد أن تلف مال صاحبه فان صرّحا فى الوكالة فى عقد الشركة أو لفظ يشمل معنى الوكالة كأن قال:عَلَىَّ أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا . فان المُشتَرَى يكون مشتركا بينهما على ماشرطا فى أصل المال لصيرورتها شركة ملك لبقاء الوكالة المصرح بها ويرجع بحصة ثمنه وان لم يكن فى عقد الشركة دلالة على الوكالة فهو لمن اشتراه خاصة لأن الشركة لما بطلت بتلف المال قبل الشراء فقد تلف مافى ضِمْنِهَا من الوكالة[(٣)] .

المذهب الثانى :

يرى المالكية أن عقد الشركة يلزم بمجرد العقد أى بما يدل عليه عرفا سواء كان قولا كاشتركنا أو فعلا كخلط المالين أو هما معا . وهذا هو المعتمد فى المذهب[(٤)] خلافا لما ذهب اليه بعض المالكية من أن الخلط شرط فى لزوم الشركة ،وهو قول سحنون فى المدونة[(٥)] . قال الدسوقى[(٦)] : "ودرج عليه صاحب المَقْصَدِ المحمود وصاحب المعونة الا أنه خلاف المشهور" .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٥٨١/٧)، الدر المختار (٣١٥/٤)،تبيين الحقائق (٣١٩/٣)، الهداية (١٧٩/٦)،مجمع الأنهر (٧٢٢/١) .

(٢) الدر المختار (٣١٥/٤)،تبيين الحقائق (٣١٩/٣)، الهداية (١٨٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٢/١) .

(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه (٣١٦/٤)،تبيين الحقائق (٣١٩/٣) ، الهداية (١٨٠/٦)،مجمع الأنهر (٧٢٢/١ ـ ٧٢٣) .

(٤) الشرح الكبير (٣٤٩/٣)،حاشية الدسوقى (٣٥٠/٣)، المدونة (٦٧/٥) ، الفواكه الدوانى (١٧٢/٢)، البهجة شرح التحفة (٢١٣/٢) .

(٥) المدونة (٦٧/٥) .

(٦) حاشية الدسوقى (٣٥٠/٣) .

فاذا لزم عقد الشركة بغير الخلط مِثْل أن يقولا اشتركنا ولم يخلطا المالين فضمان كل مال من صاحبه فلو تلف تلف على صاحبه وما ابتيع للشركة قبل التلف فهو بينهما فيدفع رب التالف لرب السالم ثمن حصته من الشركة للزوم الشركة بالعقد (١) .

وأما ما اُبْتِيعَ للشركة بعد تلف أحد المالين فعند المالكية في ذلك قولان في ظاهر قول خليل :

(أحدهما) التفصيل فان عَلِمَ رب السالم بتلف مال صاحبه ثم اشترى بعد علمه به فان المُشْتَرَىٰ - بالفتح - لرب السّالم وحده وعليه الخسر. وان اشترى قبل علمه بتلف مال صاحبه فالمُشْتَرَىٰ - بالفتح - بينهما للزوم الشركة بالعقد .

(الثاني) أن المُشْتَرَىٰ - بالفتح - بينهما مطلقا سواء اشترى بعد علمه بتلف مال صاحبه أو قبل علمه .

قال الدردير معقبا على عرض خليل للقولين عند المالكية : " وهذا ظاهره وليس كذلك : اذ المنقول أن صاحب القول الأول وهو ابن رشد يقول : ان اشترى رب السالم قبل علمه بالتلف خُيِّرَ بين أن يختص به أو يدخل معه رب التالف . وبعد العلم اختص به فله وعليه ،وأن صاحب القول الثاني وهو ابن يونس يقول : ان اشترى رب السّالِمَ قبل العلم فبينهما وبعده فالذى تلف ماله بالخيار بين أن يدخل مع شريكه أو يدع ما اشتراه له" (٢) .

وقد أَيَّدَ الدسوقى ماذهب اليه الدردير فى عرضه للقولين فقال :"وهما على الوجه الذى بينه الشارح لاعلى ظاهر المصنف" (٣) .

هذا حكم مالو تلف أحد المالين بعد لزوم الشركة وقبل الخلط أما لو تلف بعض مال الشركة بعد الخلط سواء كان الخلط حسيا أم حكميا

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٣/٣٥٠)، المدونة (٥/٦٦،٦٧) ، الفواكه الدوانى (٢/١٧٣)،جواهر الاكليل (٢/١١٦) .
(٢) الشرح الكبير (٣/٣٥٠) .
(٣) المرجع السابق .

فالضمان منهما يقول الدردير : " وضمان المالين منهما ان خلطاهما حِسًّا بأن لم يتميز أحدهما من الآخر بل ولو حكما بأن يكون كل واحد من المالين فى صُرَّةٍ منفردة وجُعِلا فى حوز أجنبى أو أحدهما فقط فضاعت واحدة منهما" [1] .

وبهذا يكون خلط المالين عند المالكية شرطا فى الضمان لافى لزوم العقد .

وقد نبه الدسوقى الى أن اشتراط الخلط فى الضمان فيما اذا كان رأس مال الشركة مما يكال أو يوزن أو يعد وأما غيره فلا يشترط فيه الخلط بل متى انعقدت الشركة ولزمت كان ضمان المالين منهما فقد جاء فى حاشيته على الشرح الكبير [2] : "واعلم أن اشتراط الخلط فى الضمان انما هو بالنسبة لما فيه حق توفيه وأما غيره فلايشترط فيه الخلط بل متى انعقدت الشركة ولزمت كان ضمان المالين منهما" .

المذهب الثالث :

يرى الشافعية [3] والظاهرية [4] أن خلطَ المالين شرطٌ لصحة الشركة فاذا لم يخلطا فتلف أحدهما فانه يتلف من مال صاحبه وان خلطا المالين بحيث لايمكن تمييز أحدهما من الآخر فما تلف منه فعليهما معا .

المذهب الرابع :

يرى الحنابلة [5] أن عقد الشركة اذا لزم فان المال يدخل فى ضمان الشريكين فان تلف بعد العقد كان من ضمان الشريكين كليهما سواء خلطا

---

(١) الشرح الكبير (٣/٣٥٠) وراجع الكافى فى فقه أهل المدينة (٢/١١٨) ، المدونة (٥/٦٦،٦٧)، البهجة شرح التحفة (٢/٢١٣)،جواهر الاكليل (٢/١١٦) .

(٢) (٣/٣٥٠) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٢٧٧)،مغنى المحتاج (٢/٢١٣)، المجموع (١٣/٨٥) .

(٤) المحلى (٨/٥٤٥) .

(٥) كشاف القناع (٣/٤٨٨،٤٨٩)، الانصاف (٥/٤١٢)، المغنى (٥/١٤،١٥)،شرح منتهى الارادات (٢/٣٢١)، المبدع (٥/٧ – ٨)، المحرر (١/٣٥٣) .

المال أو لم يخلطاه لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فلكل واحد منهما نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما .

وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة وعليه الأصحاب .

والذى يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه الحنابلة من أن الشركة تلزم بمجرد العقد واذا لزمت فان المال يدخل فى ضمان الشريكين ولو لم يخلط فكما أن الربح اذا حصل بعد العقد وقبل الخلط بينهما فكذلك الوضيعة اذ لاوجه للتفريق بين الربح والوضيعة فى كون الربح بينهما والوضيعة قبل الخلط على أحدهما . والله أعلم .

المبحث الثالث

فى تلف المال فى شركة الأبدان

المال المتقبل فى شركة الأبدان عرضة للتلف مثل أن يكون ثوبا عند شركاء من الخياطين أو الصباغين أو القصارين فيحترق أو يتلف أثناء العمل فيه أو يسرق ونحو ذلك فعلى من تكون عهدة الضمان اذا لزم ؟

اختلف الفقهاء القائلون بجواز شركة الأبدان على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[(١)] الى التفريق بين ما اذا كانت شركة الأبدان عنانا أو مفاوضة :

(أ) فان كانت عنانا :

فقد قالوا اذا وجب الضمان كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا ،يقول الكاسانى :[(٢)] "كذا رَوى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال : اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك " .

والقياس أن المطالب بالضمان هو المُتْلِف فقط لأن هذه شركة عنان لاشركة مفاوضة وحكم الشرع فى شركة العنان أن مايلزم كل واحد منهما بعقده لايطالب به الآخر يقول السرخسى :[(٣)] "وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ... ومتى كان عنانا فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة" .

---

(١) بدائع الصنائع (٣٥٧٦/٧،٣٥٧٩)، المبسوط (١٥٥/١١)، الفتاوى الهندية (٣٢٩/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٣٥٧٦/٧) .

(٣) المبسوط (١٥٥/١١) .

أما وجه الاستحسان عندهم: أن هذه شركة ضمان فى حق وجوب العمل لأن العمل الذى يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقية .

(ب) ان كانت مفاوضة :

فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به لأن من أحكام المفاوضة أن كل مايلزم لأحدهما من حقوق مايتجران فيه يلزم الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه .

القول الثانى :

ذهب المالكية[1] الى أنه اذا تقبل أحدهما عملا لزم الآخر ضمانه ويلزمه العمل معه فيه قالوا : ومحل اللزوم والضمان اذا قبله فى حضور صاحبه أو فى غيبته أو مرضه القريبين اللذين يُلْغَيَانِ كاليومين أما اذا كان صاحبه غائبا غيبة طويلة وحَدُّها عندهم ماكان أكثر من يومين فانه لايلزم العمل معه فيما تَقَبَّلَهُ أثناء غيابه هذا ولايلزمه الضمان أيضا .

وقد نَصَّ المالكية أيضا على أن الضمان يلزمهما معا وان افترقا بعد أن تقبلا العمل معا فاذا تلف المال بيد أحدهما لزم الآخر الاشتراك معه فى ضمانه وقد صَوَّرَها الدسوقى فقال : " وان حصل بعد المفاصلة كما لو كان عندهما عشرة أثواب يخيطانها فتنازعا وتفاصلا وأخذ كل واحد خمسة يخيطها فاذا نزل السارق على أحدهما فأخذ منه الخمسة فضمانها منهما معا كما فى المدونة لاممن ضاع منه فقط كالوصيين اذا اقتسما المال وضاع مابيد أحدهما فان الآخر يضمنه أيضا لتعديه برفع يده ......

---

(١) الشرح الكبير (٣٦٢/٣)، المدونة (٤٧/٥) .

قال فى المدونة: مايقبله أحد شريكى الصنعة لزم الآخر عمله وضمانه ويؤخذ بذلك وان افترقا" (١) .

هذا اذا افترقا بعد أن تقبلا العمل أما لو جاء لأحدهما أثواب مثلا بعد المفاصلة والافتراق فتلفت فضمانها منه خاصة (٢) .

القول الثالث :

ذهب الحنابلة الى أن مايتلف من الأعيان فى شركة الأبدان :

(أ) إمّا أن يكون يَتَعَدّي أحدهما أو تفريطه أو يتلف تحت يده على وجه يوجب الضمان كمنع أو جحود فالضمان عليه وحده لانفراده بما يوجب الضمان (٣) . ومفهوم ذلك أنه اذا لم ينفرد بل شاركه الثانى فى سبب التلف فانهما يضمنان معا .

(ب) أن يكون التلف من غير تعد أو تفريط منهما أو من أحدهما ففى هذه الحالة يمكننا أن ننظر الى الشركاء على أنهم أجراء لمن دفع اليهم هذا العمل فان كانوا أجيرا مشتركاً فعند الحنابلة يضمن الأجير المشترك ماتلف بفعله ولو لم يتعد أو يقصر مثل مما ينشأ من دق الثوب أو عصره أو مده ونحو ذلك (٤) . واذا لزمه الضمان بفعله فانه يضمنه وحده دون شريكه لانفراده بما يوجب الضمان .

جاء فى الاقناع وشرحه (٥) : "ومايتلف من الأعيان ..... أو تحت يده على وجه يوجب الضمان ... فهو أى التالف عليه وحده لانفراده بما يوجب الضمان " .

ومن موجبات الضمان عند الحنابلة تلف العين تحت يد الأجير المشترك أثناء عمله بها فينفرد بالضمان دون صاحبه لانفراده بما يوجبه .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣٦٢/٣) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) كشاف القناع (٥١٨/٣)، المغنى (٦/٥)، المبدع (٤٠/٥) .
(٤) كشاف القناع (٣٥/٤) .
(٥) كشاف القناع (٥١٨/٣) .

ومفهومه أنه لو لم ينفرد بما يوجبه بل شاركه غيره فى سببه لزمهما الضمان معا .

أما ماتلف تحت يد الأجير المشترك من غير فعله بأن وضعه فى حرز ولم يفرط فسرق أو احترق فهذا لاضمان عليهما معا وهو الصحيح من مذهب الحنابلة جاء فى الاقناع وشرحه (١) : "ولاضمان عليه أى الأجير المشترك فيما تلف من حرزه بنحو سرقة أو تلف بغير فعله اذا لم يفرط لأن العين فى يده أمانة أشبه المُوْدَع" .

أما ان كان الشركاء قد اختص بهم من دفع اليهم العمل ليعملوه دون غيره فان يدهم على هذا العمل يد أمانة عند الحنابلة (٢) لايضمنون ماتلف الا بتعديهم أو تفريطهم فان تعدى أحدهم أو فرط أو فعل مايوجب الضمان فان الضمان يلزمه وحده دون شريكه لانفراده بمايوجب الضمان ومفهومه أنه لو لم ينفرد بما يوجب الضمان بل شاركه غيره فى سببه لزمهما الضمان معا .

وقول الحنابلة هذا هو أقوى الأقوال فى نظرى لأن من انفرد بمايوجب الضمان لزمه وحده وأما تحميل شريكه بعض الضمان مع أنه لم يصدر عنه مايوجبه فهذا يحتاج الى دليل وليس هناك دليل يدل على ذلك . والله أعلم .

---

(١) كشاف القناع (٤/٣٦)،وراجع المغنى (٥/٣٩٥) .

(٢) راجع حكم يد الأجير الخاص على العين كشاف القناع (٤/٣٤) وراجع رأى الحنابلة فى حكم ضمان الأجير المشترك والأجير الخاص لما تلف تحت أيديهم فى (ص٤٠٥،٤٠٧) من هذه الرسالة .

الباب الرابع

أحكام تلف الأموال في التصرفات المشروعة وغير المشروعة

وفيه فصلان :

الباب الرابع

أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة وغير المشروعة

الفصل الأول

أحكام تلف الأموال فى التصرفات المشروعة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

حكم الأكل من الثمار المعلقة فى البساتين وشرب اللبن من الضروع والمسئولية المترتبة على ذلك

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى فيمن جاز ببستان غيره فدخله وأكل من ثمره وهو فى الشجر أو حلب البهائم فشرب من لبنها .

فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية قالوا ليس له ذلك الا أن يكون مضطرا فان اضطر أكل وشرب ولزمه الضمان .

وخالف فى ذلك الحنابلة فقالوا يباح لمن مَرَّ ببستان أو بهائم أن يأكل من الثمار المعلقة فى رؤوس الشجر ويحلب البهائم ويشرب لبنها من غير أن يحمل معه ذلك وسواء فى ذلك كان مضطرا أم لا .

وهذه رواية عن الامام أحمد قال المرداودى هذا المذهب مطلقا[1] .

والأصل فى ذلك عند الحنابلة مايأتى :

(١) ماروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " اذا أتيت على راع فناده ثلاث مرات فان أجابك ، والا فاشرب من غير أن تفسد واذا أتيت على حائط بستان فناد صاحب

---

(١) المغنى (٤١٧/٩ – ٤١٨)،شرح منتهى الارادات (٤٠٢/٣)،كشاف القناع (١٩٨/٦ – ١٩٩)، الانصاف (٣٧٧/١٠،٣٧٩)، التنقيح المشبع (ص ٣٨٥) .

البستان ثلاث مرات فان أجابك والا فكل من غير أن تفسد "[1] .

(ب) ماروى الحسن عن سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال "اذا أتى أحدكم على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذن فان أذن له فليحتلب وليشرب وان لم يكن فيها أحد فليُصَوِّتْ ثلاثا فان أجابه أحد فليستأذنه فان لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولايحمل "[2] .

(جـ) وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال ماأصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خُبْنَة[3] فلاشىء عليه "[4] .

وقد رَدّ الفقهاء الذين لم يقولوا بقول الحنابلة هذا على استدلالهم بالأحاديث السابقة بأنها لاتثبت ولو ثبتت حملت على حال الضرورة . قال النووى : " قال الشافعى رحمه الله ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله لم يكن له أخذ شىء منه الا باذنه لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولاسنة ثابتة باباحته فهو ممنوع الا باذن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٧٧١/٢) كتاب التجارات باب (٦٧)، والامام أحمد فى المسند (٨/٣، ٢١، ٨٥)، قال ابن حجر : " صححه ابن حبان والحاكم" انظر فتح البارئ (١٠/١٦٨) .
قال البوصيرى: هذا اسناد ضعيف فيه الجريري واسمه سعيد بن إياس وقد اختلط بآخره ويزيد بن هارون روى عنه بعد الاختلاط لكن أخرج له مسلم فى صحيحه من طريق يزيد بن هارون عن الجريرى انظر مصباح الزجاجة (٣٨/٣) . قال الألبانى : " اختلاط الجريرى لم يكن فاحشا كما قال يحيى بن سعيد القطان" . انظر ارواء الغليل (٨/١٦١) .

(٢) أخرجه الترمذى (٥٨١/٣) كتاب البيوع - باب (٦٠) وقال حديث سمره حديث حسن غريب والعمل على هذا عند بعض أهل العلم وبه يقول أحمد واسحق . وأخرجه أبو داود (٨٩/٣) كتاب الجهاد باب (٩٣) قال المحقق عزت الدعاس : " وقال على بن المدينى سماع الحسن عن سمره صحيح ،وقال ابن حجر: " اسناده صحيح إلى الحسن فمن صحح سماعه من سمره صححه ومن لاأعله بالانقطاع لكن له شواهد من أقواها حديث أبى سعيد مرفوعا .." انظر فتح البارئ (١٠/١٦٨) . وصححه الألبانى انظر ارواء الغليل (٨/١٦٠) .

(٣) قال الخطابى:" الخُبْنَة مايأخذه الرجل فى ثوبه فيرفعه الى فوق ". انظر معالم السنن (٣٣٥/٣) .

(٤) أخرجه الترمذى (٥٧٥/٣) كتاب البيوع باب (٥٤) وقال حديث حسن وأبو داود (٣٣٥/٣) كتاب اللقطة حديث رقم (١٧١٠) .

مالكه قال : وقد قيل من مَرَّ بحائط فليأكل ولايتخذ خُبْنَه ،ورُوِيَ فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه والكتاب والحديث الثابت أنه لايجوز أكل مال أحد الا باذنه . قال البيهقى فالحديث الذى أشار اليه الشافعى هو حديث يحيى بن سليم الطائفى عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " من دخل حائطا فليأكل ولايتخذ خُبْنَه" (١) . قال البيهقى وقد أخبرنا أبو محمد السكرى فذكر اسناده الى يحيى بن معين قال : حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيدالله فى الرجل يمر بالحائط فيأكل منه قال هذا غلط . وقال أبو عيسى الترمذى سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال يحيى بن سليم يروى أحاديث عن عبيدالله يَهِمُ فيها . قال البيهقى وقد جاء من أوجه أُخَرَ وليست بقوية" (٢) .

ثم أورد البيهقى الأحاديث التى استدل بها الحنابلة فقال عند حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقال : " وهذا ان صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرجه من الحرز" .

وأورد حديث الحسن عن سمره بن جندب فقال : "أحاديث الحسن عن سمره لايثبتها بعض الحفاظ ... وان صح فهو محمول على حال الضرورة" .

وأورد حديث أبى سعيد الخدرى فقال : " تَفَرَّدَ به سعيد الجريرى وهو ثقة الاأنه اختلط فى آخر عمره وسماع يزيد بن هرون منه بعد الاختلاط فلا يصح " (٣) .

ثم استدل أصحاب هذا القول بما رواه البخارى (٤) ومسلم (٥) فى صحيحيهما عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) أخرجه الترمذى (٥٧٥/٣) كتاب البيوع باب (٥٤) وقال حديث ابن عمر حديث غريب لانعرفه من هذا الوجه الامن حديث يحيى بن سليم وقد رخص فيه بعض أهل العلم لابن السبيل فى أكل الثمار وكرهه بعضهم الا بالثمن . وأخرجه ابن ماجه (٧٧٢/٢) كتاب التجارات باب (٦٧) .

(٢) المجموع (٤٦/٩ - ٤٧) .

(٣) المجموع (٤٧/٩) .

(٤) (٩٥/٣) كتاب اللقطة باب (٨) .

(٥) (١٣٥٢/٣) كتاب اللقطة باب (٢) وأخرجه ابن ماجه (٧٧٢/٢) كتاب التجارات باب (٦٨) . والامام مالك فى الموطأ (٩٧١/٢) كتاب الاستئذان باب (٦)،والامام أحمد فى المسند (٦/٢) .

قال لايحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته[1] فتكسر خزانته فينتقل[2] طعامه انما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه" .

قال ابن حجر : " قال ابن عبد البر : فى الحديث النهى عن أن يأخذ المسلم للمسلم شيئا الا باذنه وانما خص اللبن بالذكر لتساهل الناس فيه فنبه على ماهو أولى منه"[3] .

وقال النووى : " وفى الحديث فوائد منها : تحريم أخذ مال الانسان بغير اذنه والأكل منه والتصرف فيه وأنه لافرق بين اللبن وغيره"[4] .

واستدلوا أيضا بما رواه أبو حرة الرقاشى عن عمه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لايحل مال امرئ الا بطيب نفس منه"[5] .

---

(١) المشربة قال القاضى عياض : " بفتح الراء وضمها هى كالغرفة وقال الطبرى:كالخزانة يكون فيها الطعام والشراب .... وقال يحيى بن يحيى:هى المسكن وكله قريب بعضه من بعض" . انظر مشارق الأنوار (٢٤٧/٢) .

(٢) قال ابن حجر : " فينتقل بالنون والقاف وضم أوله يفتعل من النقل أى تحول من مكان الى آخر ... ورواه بعضهم ... بلفظ فينتثل بمثلثة بدل القاف والنثل النثر مرة واحدة بسرعة وقيل الاستخراج وهو أخص من النقل " . انظر فتح البارئ (١٦٨/١٠) .

(٣) فتح البارئ (١٦٨/١٠)،وانظر شرح الموطأ للزرقانى (٢١٢/٤) .

(٤) شرح صحيح مسلم (٢٩/١٢) .

(٥) رواه الامام أحمد فى مسنده (٧٢/٥) . وصححه الألبانى وقال : وقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عمّ أبى حرة الرقاشى وأبو حميد الساعدى ،وعمرو بن يثربى ،وعبدالله بن عباس . ثم قال : " قال الهيثمى : وأبو حَرَّة الرقاشى وثقه أبو داود،وضعفه ابن معين" قلت واعتمد الحافظ فى التقريب الأول ،فقال : " ثقة" لكن العلة من الراوى عنه علي بن زيد وهو ابن جدعان وهو ضعيف الا أنه يستشهد به ويتقوى حديثه بما بعده" . انظر فى ذلك ارواء الغليل (٢٧٩/٥) .

الترجيـــــح :

بعد عرض أدلة الفريقين وامعان النظر فيما قاله أهل الحديث فيها يتبين لى أن أدلة الجمهور أصح من أدلة الحنابلة ومع ذلك فان أدلة الحنابلة صالحة للاستدلال بها فقد قال ابن حجر مستدركا على قول البيهقى السابق فى حديث ابن عمر مرفوعا لم يصح وجاء من أوجه أخرى غير قوية "قلت والحق أن مجموعها لايقصر عن درجة الصحيح وقد احتجوا فى كثير من الأحكام بما هو دونها" (١) .

فاذا كانت صالحة للاستدلال ولها معارض تعين الجمع وقد أورد ابن حجر (٢) وجوها عدة للجمع بين تلك الأحاديث وعدَّ منها : حمل الاذن على ما اذا علم طيب نفس صاحبه والنهى على ما اذا لم يعلم قلت وقد قال بذلك الجمهور فقد أشار النووى (٣) الى ذلك بقوله : " أما غير المضطر اذا كان له ادلال على صاحب اللبن أو غيره من الطعام بحيث يعلم أو يظن أن نفسه تطيب بأكله منه بغير اذنه فله الأكل بغير اذنه" .

وأشار اليه ابن عبدالبر (٤) أيضا فقد نقل عنه ابن حجر قوله : "واستثنى كثير من السلف ما اذا علم بطيب نفس صاحبه وان لم يقع منه اذن خاص ولاعام " .

ومن وجوه الجمع أيضا تخصيص الاذن بابن السبيل دون غيره أوبالمضطر أو بحال المجاعة وهذا ماذهب اليه الجمهور، (٥) وذكر ابن قدامة أنها رواية عن الامام أحمد وحمل كلام الخرقى عليها فقد قال عند قول الخرقى "ومن مر بثمرة فله أن يأكل منها ولايحمل" قال : " هذا يحتمل أنه أراد فى حال الجوع والحاجة لأنه ذكره عقيب مسألة المضطر قال أحمد :

---

(١) فتح البارئ (١٠/١٦٩) .

(٢) المرجع نفسه (١٠/١٦٨).

(٣) شرح صحيح مسلم (١٢/٢٩) .

(٤) فتح البارئ (١٠/١٦٨) .

(٥) شرح النووى على صحيح مسلم (١٢/٢٩)، معالم السنن للخطابى (٣/٨٩) ، الجامع لأحكام القرآن (٢/٢٢٧) .

اذا لم يكن عليها حائط يأكل اذا كان جائعا واذا لم يكن جائعا فلايأكل ... وقال فى موضع :"انما الرخصة للمسافر الا انه لم يعتبرها هنا حقيقة الاضطرار لأن الاضطرار يبيح ماوراء الحائط "[1] .

ومن وجوه الجمع أيضا الحمل على العادة والعرف قال القرطبى[2] "فان كان هناك عادة بعمل ذلك كما كان أول الاسلام أو كما هو الآن فى بعض البلدان فذلك جائز" .

---

(١) المغنى (٩/٤١٧) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٢/٢٢٧)،وراجع فتح البارى (١٠/١٦٩) .

المبحث الثانى

حكم تلف اللقطة عند الملتقط

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تلف اللقطة قبل انتهاء مدة التعريف

اتفق الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] على أن اللقطة أمانة فى يد الملتقط مدة التعريف بها كسائر الأمانات لاتضمن الا بالتعدى والتفريط .

واستثنى الفقهاء ما اذا التقط اللقطة عازما على تملكها بغير تعريف فانه فى هذه الحالة يكون ضامنا لها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط .

يقول السرخسى [٥] : "وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لأنه ممنوع من أخذها فكان متعديا فى هذا الأخذ فيكون ضامنا كالغاصب" .

ويقول ابن عبد البر [٦] : "إن ملتقط اللقطة اذا عرفها وسلك فيها سنتها ولم يكن مُغَيِّبا ولاكاتما وكان معلنا مُعَرِّفا حصل بفعله ذلك أمينا لايضمن الا بما يضمن به الأمانات . واذا لم يعرفها ولم يسلك بها سُنَّتها وغَيَّبَ وكَتَمَ ولم يُعْلِم الناس أن عنده لقطة ثم قامت عليه البينة بأنه وجد لقطة ذكروها وضَمَّهَا الى بيته ثم ادعى تلفها ضَمِنَ لأنه بذلك الفعل

---

(١) المبسوط (١١/١١)،بدائع الصنائع (٣٨٦٦/٨)،مجمع الأنهر (٧٠٤/١) ، الدر المختار ورد المحتار عليه (٢٧٨/٤)، الهداية مع شرح فتح القدير (١١٨/٦) .

(٢) جواهر الاكليل (٢١٨/٢)،حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢٥٧/٢) ، الفواكه الدوانى (٢٤٠/٢)، التمهيد (١٢٢/٣)، المدونة (١٧٨/٦) .

(٣) الأم (٢٩٠/٣)،روضة الطالبين (٤٠٦/٥)،مغنى المحتاج (٤١١/٢،٤١٦) ، نهاية المحتاج (٤٣٧/٥ - ٤٣٨) .

(٤) المغنى (٨٦/٦)،كشاف القناع (٢٣٧/٤،٢٤٥)، الانصاف (٤٢٠/٦)، المحرر (٣٧٢/١)،شرح منتهى الارادات (٤٧٨/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٤٧) .

(٥) المبسوط (١٢/١١) .

(٦) التمهيد (١٢٢/٣) .

خارج عن حدود الأمانة" .

ويقول الدردير[(١)] : "إن الملتقط اذا رأى اللقطة فنوى أخذها تملكا ثم أخذها فانه يضمنها لربها ولو تَلِفَتْ بسماوى ولأنه بتلك النية مع وضع يده عليها صار كالغاصب فيضمن " .

وجاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج[(٢)] : "ومن أخذ لقطة للحفظ أبدا وهو أهل لذلك فهى أمانة فى يده وكذا دَرُّهاونسلها لأنه يحفظها لمالكها فأشبه المُوْدَع ... وان أخذ بقصد الخيانة فضامن عملا بقصده المقارن لفعله " .

ويقول ابن قدامة[(٣)] : "اذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل مُحَرَّمًا ولايحل له أخذها بهذه النية فاذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بتغير تفريط ولايملكها وان عرفها لأنه أَخَذَ مَالَ غيره على وجه لايجوز له أخذه فأشبه الغاصب نَصَّ على هذا أحمد" .

وجاء فى الاقناع وشرحه[(٤)] : "فان أَخَذَهَا أى اللقطة بهذه النية أى بنية الخيانة ضمنها ان تلفت ولو تلفت بغير تفريط لأنه أخذ مال غيره على وجه لايجوز له أخذه فضمنه كالغاصب " .

بناء على ذلك فقد قال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن[(٥)] بوجوب الاشهاد على اللقطة عند التقاطها بأن يقول بمسمع من الناس انى التقطت لقطة فأي الناس أنشدها فَدُلُّوهُ عَلَيَّ ونحو ذلك فان أشهد ثم هلكت فلا ضمان عليه لأنه بالاشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبها فظهر أن يده يد أمانة. وان لم يشهد وهلكت وادعى أنه انما أخذها ليردها لصاحبها وكَذَّبَهُ صاحبها فيما يدعى فعليه ضمانها وقد أورد السرخسى دليلهما على ذلك فقال : " وهما

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (١٢١/٤) .

(٢) (٤١١/٢ - ٤١٢) .

(٣) المغنى (٨٣/٦) .

(٤) كشاف القناع (٢٣٦/٤) .

(٥) المبسوط (١٢/١١)،مجمع الأنهر (٤٠٧/١) وجاء فيه : " ولم يشترط أبويوسف الاشهاد كما فى أكثر الكتب وفى الينابيع ذكر فى بعض الكتب قول محمد مع الامام والأصح أنه مع أبى يوسف والأول الصحيح". وراجع حاشية الشلبى على تبيين الحقائق (٣٠٢/٣)،بدائع الصنائع (٣٨٦٦/٨ - ٣٨٦٧) .

يقولان كُل حُرٍّ عَامِلٌ لنفسه، مالم يظهر منه مايدل على أنه عامل لغيره، ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان آخذا لنفسه باعتبار الظاهر ..

والثانى : أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب موجب للضمان عليه الا عند وجود الاذن شرعا والاذن شرعا مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار فاذا ترك ذلك كان أخذه سببا للضمان عليه شرعا فلا يصدق فى دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك فى يده ثم ادعى أن صاحبه أودعه لم يُصَدَّقْ فى ذلك الا بحجة" (١) .

ووجوب الاشهاد عندهما اذا وجدها فى موضع يَتَمَكَّن من الاشهاد عليها فيه فان لم يكن متمكنا لِعَدَمِ من يَشْهَدْ أو خاف ان أظهر ذلك أن يأخذها منه ظالم فالقول قوله ولاضمان عليه .

ولم يقل بوجوب الاشهاد من الفقهاء غيرهما، اذ جمهور الفقهاء على استحبابه فقط (٢) حتى أن أبا يوسف (٣) رحمه الله لايرى وجوب الاشهاد ويقول اذا كَذَّبَ صاحبُ اللقطة المُلْتَقِطَ فان القول قول الملتقط مع يمينه لأن مطلق فعل المسلم محمول على مايحل شرعا ،والذى يحل له شرعا الأخذ للرد، لالنفسه فيحمل مطلق فعله عليه . ولأن صاحبها يدَّعِي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب لكن مع الحلف لأن القول قول الأمين مع الحلف .

وقد حمل جمهور الفقهاء الأَمْرَ فى حديث عياض بن حمار رضى الله عنه على الاستحباب وهو ما أخرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذَوَيْ عدل ولايكتم ولايغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء" (٤).

---

(١) المبسوط (١٢/١١) .

(٢) التمهيد (١٢١/٣)،نهاية المحتاج (٤٢٨/٥)، المغنى (٨٤/٦)،كشاف القناع (٢٤٤/٤)،مغنى المحتاج (٤٠٧/٢) .

(٣) المبسوط (١٢/١١)،مجمع الأنهر (٧٠٤/١) .

(٤) رواه أبو داود (٣٣٥/٢) كتاب اللقطة باب (١) وسكت عنه ،وابن ماجه (٨٣٧/٢) كتاب اللقطة باب (٢) والامام أحمد فى المسند (١٦٢/٤، ٢٦٦)، وابن حبان وصححه انظر موارد الظمآن (ص ٢٨٤) . وراجع تحفة المحتاج لابن الملقن (٣٠٩/٢) .

فقد قال الخطابى رحمه الله [(١)] : " قوله فليشهد أمر تأديب وارشاد وذلك لمعنيين أحدهما مايتخوفه فى العاجل من تسويل النفس وانبعاث الرغبة فيها فتدعوه الى الخيانة بعد الأمانة . والآخر مالايؤمن من حدوث المنية به فيدَّعيها ورثته ويحوزونها فى جملة تركته " .

ونقل ابن عبدالبر عن الطحاوى قوله [(٢)] : " وهذا الحديث يحتمل أن يكون مراده فى الاشهاد الاشادة والاعلان وظهور الأمانة قال ولما لم يكن الاشهاد فى الغصوب يخرجها عن حكم الضمان وكان الاشهاد فى ذلك وتَرْك الاشهاد سواء هى مضمونة أبدا أشهد أم لم يشهد وجب أن تكون اللقطة أمانة أبدا لقوله صلى الله عليه وسلم " ولتكن وديعة عندك" [(٣)] ولاجماعهم على أنه اذا أشهد لم يضمن وكذلك اذا لم يشهد" .

وهذا الخلاف عند الحنفية انما تظهر فائدته فى حالة تكذيب صاحب اللقطة لدعوى الملتقط أنه التقطها ليردها أما اذا أقر الملتقط على نفسه أنه أخذها لنفسه فانه يضمن اتفاقا . وان تصادقا على أنه أخذها ليردها لم يضمن اتفاقا نص على ذلك الحنفية [(٤)] .

والحاصل أن على الملتقط حفظ اللقطة وصيانتها مدة التعريف وعدم تعريضها للتلف .

بل قد نص بعض الفقهاء كالشافعية والحنابلة الى أنه اذا تعين بيعها أو أكلها قبل أن تفسد طريقا لحفظها فان عليه أن يفعل ذلك مثل أن تكون اللقطة فواكه أو خضارا يتسارع اليها الفساد .

وبناء على ذلك قال الشافعية اذا باعها فانه يعرفها ليتملك ثمنها بعد انقضاء مدة التعريف وان أكلها فقد تَعجَّل فى تملكها وهذا جائز له لأنه طريق لحفظها الا أنه يلزمه غرم قيمتها لصاحبها اذا وجده [(٥)] .

---

(١) معالم السنن (٣٣٥/٢).

(٢) التمهيد (١٢١/٣) .

(٣) رواه مسلم عن زيد بن خالد الجهنى بلفظ فان لم يجئ صاحبها كانت وديعة عندك . صحيح الامام مسلم (١٣٤٥/٣) كتاب اللقطة .

(٤) مجمع الأنهر (٧٠٤/١)،بدائع الصنائع (٣٨٦٦/٨،٣٨٦٨) .

(٥) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج (٤١١/٢) .

ونص الشافعية على أن البيع أو الأكل فى هذه الحالة واجب على الملتقط فاذا لم يبع اللقطة التى يخشى فسادها أو يأكلها فقد ترك الواجب عليه ويأثم بذلك لأن هذا الفعل أحظ لصاحب اللقطة ،يقول الشربينى : " وظاهر كلامه أن مراعاة الأغبط واجبة وكلام الأصحاب مصرح به "(١) .

أما الحنابلة فقد قالوا انه يجب على الملتقط فى هذه الحالة بيعها وحفظ ثمنها أو أكلها وعليه قيمتها لصاحبها اذا وجده فان لم يفعل حتى فسدت فعليه الضمان لأنه مفرط ،جاء فى الاقناع وشرحه(٢) :"مايخشى فساده بتبقيته كطبيخ وبطيخ وفاكهة وخضروات ونحوها فيلزمه أى الملتقط فعل الأحظ من أكله وعليه قيمته وبيعه ولو بلا حكم أى اذن حاكم وحفظ ثمنه لأن فى كل منهما حفظا لماليته على ربه وكالحيوان ولو تَرَكَهُ أى ترك الملتقط مايخشى فساده بلا أكل ولابيع حتى تلف ضمنه لأنه مفرط" .

وذهب الحنفية الى أن مايخشى فساده فان الأولى أن يتصدق به عن صاحبه يقول السرخسى(٣) : "فان كانت اللقطة مما لايبقى اذا أتى عليه يوم أو يومان عَرَّفَها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها لأن المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فَتَتَقَيَّدُ مدة التعريف بالوقت الذى لاتفسد فيه لأنه بعد الفساد لافائدة لصاحبها فى ايصالها اليه وقد بينا أن التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير الى ذلك اذا خاف أن تفسد العين" .

فاذا خاف أن تفسد ثم تصدق بها وجاء صاحبها فقد قال الحنفية(٤) يُخَيَّر صاحب اللقطة ان شاء ضَمَّنَهُ لأنه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له وإجازته فى الانتهاء بمنزلة إذنه فى الابتداء .

---

(١) مغنى المحتاج (٤١١/٢) .
(٢) كشاف القناع (٢٣٩/٤) .
(٣) المبسوط (٩/١١) .
(٤) المبسوط (٣/١١) .

ويرى المالكية أن لاضمان فيما تلف في يده مما يتسارع اليه الفساد ان لم يكن بفعله بل ولو كان بفعله مثل أن يأكله[1] يقول الدردير[2] : "وله أي للملتقط حرا أو عبدا أكل مايفسد لو بقي كفاكهة ولحم وخضر ولايضمن" .

وقد تعقبه الدسوقي فقال[3] : "إن ظاهر الشارح أن مايفسد بالتأخير الذي لايعلم بربه لاضمان على الملتقط اذا أكله سواء كان تافها أَوْ لَهُ ثمن وهو مانقله مصطفى الرماصي .والذي في الحطاب وتبعه عبد الباقي الزرقاني أن عدم الضمان فيما اذا أَكَلَ مايفسد بالتأخير مُقَيّدٌ بما اذا كان تافها لاثمن له والاضَمِنَ قيمته لربه اذا جاء" .

وقد صحح ابن عبد البر القول بالضمان اذا تلف بفعله مثل أن يأكله أو يتصدق به فقال : "ومن التقط طعاما لابقاء له ولم يتعرفه أحد بحضرة وجوده فليس عليه أن يعرفه منتظرا لربه ولايمسكه حتى يفسد ولكن هو مخير في الصدقة به أو أكله ان كان فقيرا محتاجا اليه فان تعرفه ربه بعد ذلك ضَمِنَه ان كان أكله . وان كان تصدق به فربه مخير بين الأجر والضمان كسائر اللُقَطَة . وان تلف عنده فلا ضمان عليه وقد قيل انه لاضمان عليه في شيء من الطعام الذي يسرع الفساد اليه كالشاة في الفلاة . والأول أصح"[4] .

ومما اعتبره الفقهاء أيضا تضييعا للقطة يَخْرُجُ به الملتقط من حال الأمانة الى الضمان ما اذا رَدَّ اللقطة الى مكانها الذي التقطها منه ثم تلفت فان عليه ضمانها لصاحبها لأنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فاذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضَيَّعَ الوديعة ،يقول الامام الشافعي[5] :"أُضَمِّنُه من ذلك ما أُضَمِّنَ المُسْتَوْدَع وأطرح عنه الضمان فيما

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (١٦٥/٢) .
(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٢٢/٤) .
(٣) حاشية الدسوقي (١٢٢/٤) .
(٤) الكافي في فقه أهل المدينة (١٦٥/٢)،وراجع في أقوال فقهاء المالكية في هذه المسألة المنتقى (١٣٩/٦) .
(٥) الأم (٢٩٠/٣) .

أطرح عن المُستَودَعْ" ٠

والى ذلك ذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) وقيده المالكية (٣) وبعض مشايخ الحنفية (٤) بأن يكون قد أخذه للحفظ والتعريف ولم يرده الى مكانه الابعد طول الوقت فانه يضمن أما اذا كان زمن الرد قريبا من زمن الأخذ فلاضمان عليه ٠

الاأن ظاهر الرواية عند الحنفية على خلاف ماذهب اليه أولئك اذ النص فيها على أنه لاضمان على الملتقط اذا ردها الى مكانها ثم تلفت من غير تفصيل ٠ يقول الكاساني (٥) : "ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذى أخذها منه لاضمان عليه فى ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد فى الموطأ،وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها فى موضعها فأما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن ٠ وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مُستَغنٍ عن هذا التأويل " ٠

وحجة الحنفية أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلتزم الحفظ وانما تَبَرَّعَ به وقد رَدَّهُ بالرَّدِّ الى مكانها فارْتَدَّ وجُعِلَ كأن لم يكن ٠

ولأنه بمجرد الأخذ لايكون ملتزما للحفظ فقد يأخذها على ظن أنها له بأن كان سقط منه مثلها فاذا تأمَّلَها وعلم أنها ليست له رَدَّها الى مكانها ٠

---

(١) الأم (٢٩٠/٣) ٠

(٢) المغنى (٨٨/٦)،كشاف القناع (٢٣٧/٤)، الانصاف (٤٠٦/٦)،شرح منتهى الارادات (٤٧٤/٢) ٠

(٣) التمهيد (١١٠/٣)،جواهر الاكليل (٢١٨/٢)، المدونة (١٧٨/٦)، الكافى (١٦٤/٢)،حاشية العدوى على شرح الرسالة (٢٥٧/٢)، المنتقى (١٣٥/٦)٠

(٤) بدائع الصنائع (٣٨٦٧/٨)،شرح فتح القدير (١٢٠/٦) ٠

(٥) بدائع الصنائع (٣٨٦٧/٨)،راجع المبسوط (١٣/١١)،تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه (٣٠٢/٣) ٠

وهذا عند الحنفية فيما اذا أخذها ليردها لصاحبها فان أخذها لنفسه ثم بدا له أن يعيدها الى مكانها فانه لايبرأ من الضمان الابإعادتها الى صاحبها كالغاصب لأن اعادتها الى مكانها ليس بِرَدٍّ على المالك فلايكون مسقطا للضمان الذى وجب عليه بسبب أخذها لنفسه (١) .

وبعد استعراض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ظهر لى أن خلاف الحنفية الآنف الذكر وخلاف الحنابلة حيث قالوا ان اللقطة اذا كان يتسارع اليها الفساد فانه يلزمه أن يبيعها أو يأكلها فان لم يفعل حتى فسدت فعليه الضمان . هذا الخلاف مخالف للأصل المتفق عليه بين الفقهاء وهو أن اللقطة أمانة فى يد الملتقط كسائر الأمانات لاتضمن الابالتعدى والتفريط . ومما لاشك فيه أن رَدّ اللقطة الى قارعة الطريق بعد أخذها تضييع لها وترك للحفظ الذى التزمه بمجرد أخذها من مكانها لأن هذا الأخذ بمنزلة قبول الوديعة .ومَنْ قَبِلَ الوديعة ثم ألقاها فى قارعة الطريق حتى ضاعت ضمنها بالاتفاق فكذلك اللقطة .

وهذا بخلاف ماذهب اليه الحنابلة مناعتبارهم عدم بيع اللقطة أو أكلها اذا كانت مما يتسارع اليه الفساد تفريطا فى الحفظ . لأن الحفظ الواجب عليه لايزيد على جعل الشىء فى حرز مثله وعدم العدوان عليه أو التهاون فى المحافظة عليه وهذه الأمور فى جملتها التزام بترك .وليست التزاما بفعل بحيث يتضمن نقل ملكيتها لنفسه أو لغيره بعوض . فقد يكون أكلها والالتزام بثمنها ضارا بالملتقط وهو فى الجملة محسن وماعلى المحسنين من سبيل . وقد يكون الملتقط لايحسن أو لايستطيع المعاوضة عليها فيكون فى هذا القول ايقاع له فى الحرج والحرجمرفوع فى الشريعة الاسلامية والحمد لله . هذا ماظهر لى والله أعلم .

---

(١) راجع فى ذلك المبسوط (١٣/١١)،بدائع الصنائع (٣٨٦٧/٨) .

المطلب الثانى : فى تلف اللقطة واتلافها بعد انتهاء مدة التعريف

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية فى جواز تملك اللقطة بعد تعريفها المدة المشروعة ملكا يزول بمجئ صاحبها ويضمن له بدلها ان تعذر ردها بعينها .

واذا تملكها بعد التعريف فان له أن يتصرف فيها كما يتصرف فى ملكه باستثناء أكلها عند الحنفية ان كان غنيا .

يقول الكاسانى (١) : "ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولوأراد أن ينتفع بها فان كان غنيا لايجوز أن ينتفع بها عندنا ....

قال : واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضَمَّنَ الملتقط أو الفقير ان وجده لأن التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما ضَمِنَ لم يرجع على صاحبه كما فى غاصب الغاصب . وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الأجر وبين أن يضمنها على ماذكرنا" .

وخالف جمهور الفقهاء الحنفية فى ذلك فقالوا ان للملتقط بعد التعريف كامل التصرف فى اللقطة سواء كان غنيا أم فقيرا الاأن عليه ضمانها اذا استنفقها .

يقول ابن عبد البر (٢) : "وهذا معناه انطلاق يد الملتقط وتصرفه فيها بعد الحول ولكنه يضمنها ان جاء صاحبها . واجب ذلك باجماع المسلمين

---

(١) بدائع الصنائع (٣٨٧٠/٨)،وراجع المبسوط (٧/١١)، الهداية مع شرح فتح القدير (١٢٣/٦ - ١٢٤،١٣١)، الدر المختار (٢٧٩/٤ - ٢٨٠)،تبيين الحقائق (٣٠٤/٣) .

(٢) التمهيد (١١٩/٣) .

لأنه مستهلك مال غيره وقد أجمعوا على أن من استهلك مال غيره وأنفقه بغير اذنه غرمه وضمنه ومن استهلك لغيره شيئا من المال ضمنه بأى وجه استهلكه وهذا مما لاخلاف فيه" .

وجاء فى جواهر الاكليل (١) : " وله أى للملتقط بعد السنة حبسها بعده أى ابقاء اللقطة وديعة لربها أو التصدق بها عن ربها وأما التصدق بها عن نفسه فهو داخل فى التملك لها أى اقتراضها لنفسه والتصرف فيها فان جاء ربها دفعها له فى الأول وغرم له عوضها فى الأخيرين" .

وجاء فى الأم (٢) : "وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء فان جاء صاحبه غَرِمَهُ له وقال يعرفها سنة ثم يأكلها موسرا أو معسرا ان شاء" .

وجاء فى المنهاج وشرحه (٣) : "وان جاء المالك وقد تلفت تلك اللقطة حِسًّا أو شرعا بعد التملك غرم مثلها ان كانت مثلية أو قيمتها ان كانت متقومة لأنه تمليك يتعلق به العوض فأشبه البيع " .

ويقول ابن قدامة (٤) : "واذا عرف اللقطة حولا فلم تُعْرَفْ مَلَكَهَا مُلْتَقِطُهَا وصارت من ماله كسائر أمواله غنيا كان الملتقط أو فقيرا" .

وقال فى موضع آخر : " وتملك اللقطة مُلْكًا مُرَاعَىً يزول بمجىء صاحبها ويضمن له بدلها ان تعذر ردها" (٥) .

وقال أيضا : " وان تلفت بعد الحول ثبت فى ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت فى ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط فى حفظها أو لم يفرط . وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش نقصها لأن جميعها مضمون اذا تلفت فكذلك اذا نقصت" (٦) .

---

(١) (٢١٨/٢)،وراجع الشرح الكبير (١٢١/٤)،شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليه (٢٥٧/٢)، المدونة (١٧٣/٦) ، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٦٤/٢)، المنتقى (١٣٨/٦) .

(٢) (٢٨٧/٣) وراجع معالم السنن (٣٢٩/٢) .

(٣) مغنى المحتاج (٤١٦/٢) وراجع روضة الطالبين (٤١٤/٥ - ٤١٥)،شرح النووى على صحيح مسلم (٢٣/١٢، ٢٤) .

(٤) المغنى (٧٨/٦) .

(٥) المرجع نفسه (٨٠/٦) .

(٦) المرجع نفسه (٨٧/٦) وراجع فى قول الحنابلة كشاف القناع (٢٤٥/٤) ، الانصاف (٤١٣/٦، ٤٢١)،غاية المنتهى (٢٨١/٢)،شرح منتهى الارادات (٤٧٦/٢ - ٤٧٨) .

ويقول ابن حزم (١) : "فان لم يأت أحد يُصدِّق فى صفته بما ذكرنا ولابَيِّنَة فهو عند تمام السنة مال من مال الواجد غنيا كان أو فقيرا يفعل فيه مايشاء ويورث عنه . الا أنه متى قَدِمَ من يقيم فيه بينة أو يصف شيئا مما ذكرنا فيُصَدَّقُ ضمنه له ان كان حيا أو ضمنه له الورثة ان كان الواجد ميتا" .

والسند الشرعى لما ذهب اليه الفقهاء من أن الملتقط يضمن اللقطة اذا تملكها بعد التعريف ماروواه البخارى رحمه الله فى صحيحه (٢) وترجم له : بَاب اذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده" عن زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال : عَرِّفْها سنة ثم اعرف وكاءها وعِفَاصَهَا ثم استنفق بها فان جاء ربها فأدها اليه ....الحديث" .

جاء فى المغنى (٣) : "قال الأثرم قال الامام أحمد أَذْهَبُ الى حديث الضحاك بن عثمان جَوَّدَهُ ولم يَرْوِهِ أحد مثل ماروواه : ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه" . لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا أتلفها كما قبل الحول ،ولأنه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر الى مال غيره" .

هذا هو قول الفقهاء فى اللقطة يتملكها الملتقط بعد التعريف ثم يتلفها أو تتلف عنده أما اذا لم يتملكها بعد التعريف بل حبسها عنده وديعة فسبيلها سبيل الوديعة تكون أمانة عنده لايضمنها الا بالتعدى أو التفريط .وهذا على قول من قال من الفقهاء انه لايملكها بعد الحول الا بنية التملك .

---

(١) المحلى (٩/١٣٤) .
(٢) (٣/٩٥) كتاب اللقطة باب (٩)،ورواه مسلم (٣/١٣٤٤) كتاب اللقطة وأبو داود (٢/٣٣٣) كتاب اللقطة باب (١)،والترمذى (٣/٦٤٦) كتاب الأحكام باب (٣٥) .
(٣) (٦/٨٧) .
(٤) مغنى المحتاج (٢/٤١٦)،شرح النووى على صحيح مسلم (١٢/٢٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٢/١٦٥)،شرح أبى الحسن على الرسالة (٢/٢٥٧) ، المغنى (٦/٧٩،٨٧) .

أما على قول من قال انها تدخل فى ملكه بعد الحول حكما كالميراث وهو المذهب عند الحنابلة[1] فقد قال انها اذا تلفت بعد الحول لزمه ضمانها سواء تلفت بفعله أو بغير فعله، بسبب تفريطه أو بغير ذلك . لأنها مال معصوم لمسلم، وتلك العصمة لاترتفع بضياعها والتقاطها من آخر حتى ولو تملكها الملتقط ضرورة بعد مضى الحول .

---

(١) الانصاف (٤١٣/٦)، المغنى (٧٩/٦، ٨٧)، كشاف القناع (٢٤٥/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٧٨/٢)، غاية المنتهى (٢٨١/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٤٧) .

المطلب الثالث : فى ضالّة الحيوان

يرى جمهور الفقهاء من المالكية[(١)] والشافعية[(٢)] والحنابلة[(٣)] أن ضالّة الحيوان التى لاتمتنع من السباع كالشاة ومافى حكمها اذا التقطها انسان فان له أكلها من غير تعريف واشترط المالكية والشافعية أن تكون فى موضع مهلكه يخشى عليها من السباع أما اذا كانت فى العمران أوقريبا منه فان عليه تعريفها . أما الحنابلة فلا يفرقون بين كونها فى الصحراء أو فى المصر يقول ابن قدامة[(٤)] : "ولافرق فى اباحة أكلها بين وجدانها فى الصحراء أو فى المصر" .

وقد خالف الحنفية جمهور الفقهاء فى ضالة الحيوان فلم يفرقوا بينها وبين سائر اللقطة من غير الحيوان وجعلوا حكمها واحدا من حيث التعريف وعدمه فقد قال الكاسانى بعد أن عرض أحكام اللقطة من غير الحيوان : "وكذلك حكم الضّالّة فى جميع ماوصفنا"[(٥)] . وقد ذكر المرداوى[(٦)] عن بعض فقهاء الحنابلة مثل قول الحنفية .

وقد استدل جمهور الفقهاء القائلون بجواز أكل ضالة الحيوان التى لاتمتنع من السباع فى الحال من غير تعريف بالأثر والنظر .

أما الأثر :

فما روى البخارى[(٧)] عن زيد بن خالد رضى الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها

---

(١) المدونة (١٧٥/٦)،جواهر الاكليل (٢١٩/٢)، الشرح الكبير (١٢٢/٤) ، التمهيد (١٢٣/٣)، المنتقى (١٣٩/٦) .

(٢) الأم (٢٨٧/٣)،مغنى المحتاج (٤١٠/٢)،روضة الطالبين (٤٠٣/٥)،معالم السنن (٣٣١/٢) .

(٣) المغنى (١٠٤/٦)،كشاف القناع (٢٣٨/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٧٤/٢)، التنقيح المشبع (ص ٢٤٦) .

(٤) المغنى (١٠٤/٦) .

(٥) بدائع الصنائع (٣٨٧١/٨)،وراجع (ص ٣٨٦٨) .

(٦) الانصاف (٤٠٧/٦ - ٤٠٨) .

(٧) صحيح الامام البخارى (٩٣/٣) كتاب اللقطة باب (٤)،ورواه مسلم (١٣٤٦/٣) كتاب اللقطة .

ووكاءها [1] ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها . قال فضالة الغنم ؟ قال هى لك أو لأخيك أو للذئب . قال فضالة الابل ؟ قال مَالَكَ ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرِدُ الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها" .

قالوا : فجعلها له فى الحال وسَوّى بينه وبين الذئب ،والذئب لايستأنى بأكلها [2] .

أما النظر : فقال ابن قدامة [3] من الحنابلة : لأن فى أكلها فى الحال اغناءا عن الانفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها اذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص وفى ابقائها تضييع للمال بالإنفاق عليها والغرامة فى علفها فكان أكلها أولى .

غير أن جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز أكلها من قبل الملتقط فانهم قد اختلفوا فى حكم ضمانه قيمتها :

فذهب الحنابلة والشافعية الى أنه اذا أكلها وجاء صاحبها غرم له قيمتها . يقول الامام الشافعى [4] رحمه الله : " وليس عليه فى الشاه يجدها بالمهلكة تعريف ان أحب أن يأكلها فهى له ومتى لقى صاحبها غرمها له " .

ويقول ابن قدامة [5] : "ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها فى قول عامة أهل العلم الا مالكا" .

وذهب الامام مالك الى أنه اذا أكلها لايغرم لصاحبها شيئا ،جاء فى المدونة [6] : "قلت : أرأيت من التقط شاة فى فيافى الأرض أو فيما بين المنازل .قال : سألت مالكا عن ضالة الغنم يجدها الرجل قال

---

(١) العفاص الوعاء الذى يكون فيه النفقة وأصل العفاص الجلد الذى يلبس رأس القارورة . والوكاء الخيط يشد به الصرة . انظر معالم السنن (٣٣١/٣)،وراجع شرح النووى على صحيح الامام مسلم (٢١/١٢).
(٢) المغنى (١٠٤/٦) .
(٣) المغنى (١٠٤/٦) .
(٤) الأم (٢٨٧/٣)،وراجع شرح النووى على صحيح الامام مسلم (٢٣/١٢) .
(٥) المغنى (١٠٤/٦) .
(٦) (١٧٥/٦)،وراجع المنتقى (١٣٩/٦) .

قال مالك أما ماكان قُرْبَ القرى فلا يأكلها وليَضُمَّها الى أقرب القرى اليها يُعَرِّفْهَا فيها . قال وأما ماكان فى فلوات الأرض والمهامه فإنَّ تِلْكَ يأكلها ولايعرفها فان جاء صاحبها فليس له عليه من ثمنها قليل ولاكثير وكذلك قال مالك قال ألاترى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الحديث هى لك أو لأخيك أو للذئب " .

الاأن الامام مالك قال اذا جاء ربها وأدركها لحما فى يد واجدها أو فى يد الذى تصدق بها عليه وأراد أخذ لحمها كان ذلك له ولو باعها واجدها كان لربها ثمنها الذى بيعت به.(١)

وبمثل قول مالك قال ابن حزم الظاهرى.الاأنه لايرى التفريق بين مكان وجودها بل اذا تحقق الخوف عليها من الذئب أو أحد من الناس ولم يكن لها حافظ وليست بقرب ماء فانه يجوز أخذها وأكلها ولاسبيل لصاحبها عليها بعد ذلك سواء وجدها حية أو مذبوحة ،(٢) يقول ابن حزم : " أما الضأن والمعز فقط كبارها وصغارها توجد بحيث يخاف عليها الذئب ،أو من يأخذها من الناس ،ولاحافظ لها ،ولاهى بقرب ماء منها فهى حلال لمن أخذها سواء جاء صاحبها أو لم يجئ،وجدها حية أو مذبوحة أو مطبوخة أو مأكولة لاسبيل له عليها" .

وقد رد ابن حزم على الامام مالك تفريقه فقال : " أما تقسيم مالك فخطأ لأنه لم يتبع النص اذ فرق بين أحوال وجود ضالة الغنم وليس فى النص شئ من ذلك وكذلك تفريقه بين وجود الشاة صاحبها حية أو مأكولة فليس فى الخبر شئ من ذلك أصلا . لابنص ولابدليل ولا القياسُ طَرَدَ،ولاقول مُتَقَدِّمٍ إِلْتُزِمَ لأن القياس أن لايبيح الشاة لواجدها أصلا كما لايبيح سائر اللقطات الا ان كان فقيرا بعد تعريف عام ولانعلم فروقه هذه عن أحد قبله ولانعلم لقوله حجة أصلا " .(٣)

---

(١) التمهيد (١٢٦/٣) .
(٢) المحلى (١٥٦/٩) .
(٣) المحلى (١٥٩/٩ - ١٦٠) .

وقد ذكر ابن عبدالبر حجة الامام مالك على قوله هذا فقال :

"ومن حجة مالك قوله صلى الله عليه وسلم هي لك أو لأخيك . لأنه يحتمل أن يريد بذكر الأخ صاحبها ويحتمل أن يريد لك أو لغيرك من الناس الواجدين لها وأى الوجهين كان فالظاهر من قوله أو للذئب يوجب تلفها ان لم تأخذها أنت ولامثلك أكلها الذئب وأنت ومثلك أولى من الذئب فكأن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها طعمة لمن وجدها فاذا كان كذلك فلاوجه للضمان فى طعمة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم" (1) .

ومن ثم رجح ابن عبدالبر ماذهب اليه جمهور الفقهاء على قول مالك واختار أن يضمن آكل الشاة القيمة لصاحبها اذا جاء فقال (2) : "فى قوله صلى الله عليه وسلم : " رُدَّ على أخيك ضالته " من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص دليل على أن الشاة على ملك صاحبها . وذلك يوجب الضمان على آكلها وقد قال مالك وهو الذى لايرى على آكلها فى الموضع المخوف شيئا أن ربها لو أدركها لحما فى يد واجدها وفى يد الذى تصدق بها عليه وأراد أخذ لحمها كان ذلك له ولو باعها واجدها كان لربها ثمنها الذى بيعت به وهذا يدل على أنها على ملك مالكها عنده ،فالوجه تضمين آكلها ان شاء الله . لأنه لافرق بين أكل الشاة فى الوقت الذى أبيح له أخذها وبين أكل اللقطة واستهلاكها بعد الحول لأنهما قد أبيح لكل واحد منهما أن يفعل بها ماشاء ويتصرف فيهما بما أحب . ثم أجمعوا على ضمان اللقطة لصاحبها ان جاء طالبها فكذلك الشاة " .

وقال بعد أن ساق حجة الامام مالك رحمه الله : " هذا مما يمكن أن يُحتَجّ به لمالك فى ذلك وفى المسألة نظر والصحيح ماقدَّمتُ لك ... وقال سحنون فى المستخرجة ان أكَلَ الشاة واجِدُهَا فى الفلاة أو تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها وهو الظاهر من قول مالك : أن من أكل طعاما قد اضطر اليه لغيره لزمه قيمته والشاة أولى بذلك " .

---

(1) التمهيد (٣/١٢٦ ـ ١٢٧) .

(2) المرجع نفسه .

ومن الأدلة التى تؤيد ماذهب اليه الشافعية والحنابلة من القول بأنه اذا أكلها يلزمه ضمان قيمتها لصاحبها مايأتى :

(١) أنها لقطة لها قيمتها وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها اذا جاء كغيرها .

(٢) انها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت فى البنيان .

(٣) أنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها اذا أتلفها كلقطة الذهب .

(٤) أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " هى لك " لايمنع وجوب غرمها من وجهين :

(أحدهما) أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أذن فى لقطة الذهب والورق أيضا بعد تعريفها فى أكلها وانفاقها وقال هى كسائر مالك .

(الثانى) أن قوله "هى لك " ليس هو على معنى التمليك كما أنه اذا قال أو للذئب لم يرد به التمليك لأن الذئب يأكلها على ملك صاحبها فكذلك الواجد ان أكلها، أكلها على ملك صاحبها فيضمنها[1] .

وبهذا يتبين لنا قوة ماذهب اليه أصحاب هذا القول وضعف ما استدل به من قال بعدم الضمان على آكل الشاة الضالة ونحوها مما لايمتنع من السباع والله أعلم بالصواب .

---

(١) راجع فى هذه الأدلة المغنى (٦/١٠٤)، التمهيد (٣/١٢٥) .

المبحث الثالث

اتلاف محل المنكرات تبعا لها

لاخلاف بين العلماء أن ازالة وتغيير كل محرم من الأعيان أو التأليف واجب وذلك مثل اراقة الخمور وتفكيك آلات الملاهى وتغيير الصور المصورة ونحو ذلك ٠

وانما الخلاف فى جواز اتلاف محل هذه الأشياء تبعا لها والقول فى ذلك ينتظم فى خمسة مطالب :

المطلب الأول : فى حكم تكسير دنان الخمر وشق ظروفه

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والظاهرية (٤) والامام أحمد فى رواية (٥) الى أنه لايجوز تكسير دنان الخمر وشق ظروفه ومن كسرها فعليه الضمان ٠

واستثنى أصحاب هذا القول عدا الظاهرية ما اذا كسرها بأمر الامام أو لم يقدر على اراقة الخمر الابكسر دنّها أو شق ظرفها، أو كانت لاتصلح الا للخمر ففى تلك الحالات يجوز كسرها وبالتالى لاضمان على الفاعل ٠

---

(١) تبيين الحقائق (٥/٢٣٨)، المبسوط (٢١/٢٤)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٤/٤ – ٦٥) ٠

(٢) المعيار المعرب (٤١٨/٦) ٠

(٣) مغنى المحتاج (٢٨٥/٣)، نهاية المحتاج (١٦٩/٥)، شرح صحيح مسلم للنووى (٥/١١)، (١٥١/١٣)، فتح البارئ (٢٠٦/١٠)، الأم (١٧٩/٤) ٠

(٤) المحلى (٣٠١/٨) ٠

(٥) المغنى (٢٢٤/٥)، المبدع (٢٠١/٥)، الآداب الشرعية (٢١٩/1) ٠

القول الثانى :

ذهب الحنابلة[(١)] فى الراجح عندهم الى أنه يجوز تكسير دنان الخمر وشق ظروفها اذا كانت الخمر مما أُمِرَ باراقتها وهى ماعدا خمر الخلال وخمر الذمى المستترة ولاضمان على كاسرها حتى ولو قدر على الاراقة بدون كسرها قال المروذى قلت لأبى عبدالله لو رأيت مسكرا فى قِنّينَة أو قربة تكسر أو تصب ؟ قال تكسر .وقال أبو طالب قلت نَمُرُّ على المسكر القليل أو الكثير أكسره ؟ قال نعم تكسره . وقال محمد بن حرب قلت لأبى عبدالله ألقى رجلا ومعه قربة مغطاة قال بِرِيَّبَة ؟ قلت نعم . قال تكسرها" .

أدلة القولين :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

(١) ماروإه ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حَرَّمَها ؟ قال : لا ،فَسَارَّ انسانا . فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بِمَ سارَرْتَهُ ؟ فقال أَمَرْتُهُ ببيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها . ففتح المزادة حتى ذهب مافيها[(٢)] . ولم يأمره صلى الله عليه وسلم بخرقها .

(٢) أن اناء الخمر يطهر بالغسل واذا صار طاهرا بالغسل حل الانتفاع به يدل على ذلك ماروإه أبو ادريس عائذ الله الخولانى قال سمعت أبا ثعلبة الخشنى يقول قلت يارسول الله انا بأرض قوم أهل

---

(١) المغنى (٢٢٥/٥)،كشاف القناع (١٤٧/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٣٢/٢ - ٤٣٣)، الانصاف (٢٤٧/٦)،مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (١١٣/٢٨ ، ١١٨)، الطرق الحكمية (ص٣٩٦،٤٠٢ - ٤٠٣)، المبدع (٢٠١/٥)، الآداب الشرعية (٢٢٠/١) .

(٢) رواه مسلم (٢٠٦/٣) كتاب المساقاة باب (١٢)،والنسائى (٣٠٧/٧ - ٣٠٨) كتاب البيوع باب بيع الخمر،والامام أحمد/ بمسنده (٢٣٠/١،٢٤٤) ،والامام مالك فى الموطأ (٨٤٦/٢) كتاب الأشربة باب (٥) .

كتاب نأكل فى آنيتهم فقال عليه السلام أما ماذكرت أنكم بأرض قوم أهل كتاب تأكلون فى آنيتهم فان وجدتم غير آنيتهم فلا تأكلوا فيها وان لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها" (١) .

(٣) واذا أمكن الانتفاع به بتطهيره - بالغسل حل بيعه - كالثوب المتنجس فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر .

(٤) وانما حَلَّ بيعه لأنه مال واتلافه بالكسر والخرق اضاعة للمال والنبى صلى الله عليه وسلم " نهى عن اضاعة المال" (٢) .

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

(١) مارواه الامام أحمد حدثنا أبوبكر بن أبى مريم عن ضمره عن حبيب قال قال عبدالله بن عمر أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بِمُدْيَةٍ وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فَأُرْهِفَتْ ثم أعطانيها وقال أغْدُ علي بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جُلِبَتْ من الشام فأخذ المُدْيَةَ مِنّي فشق ماكان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلاأجد فيها زِقَّ خمر الاشققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زِقّاً الا شققته (٣) .

(٢) مارواه عبدالله بن أبى الهذيل قال كان عبدالله بن مسعود يحلف بالله أن التى أمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حرمت الخمر أن تكسر دنانها (٤) .

(٣) وعن أنس رضى الله عنه قال : جاء أبو طلحة للنبى صلى الله عليه وسلم فقال انى اشتريت لأيتام فى حجرى خمرا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم أهرق الخمر واكسر الدنان . فأعاد ذلك عليه

---

(١) البخارى (٦/٢٢٣ - ٢٢٤) كتاب الذبائح باب (١٤)، مسلم (٣/١٥٣٣) كتاب الصيد والذبائح باب (١)، أبو داود (٤/١٧٧) كتاب الأطعمة باب (٤٦)، الترمذى (٣/٢٥٥ - ٢٥٦)، كتاب الأطعمة باب (٧)، ابن ماجه (٢/١٠٦٩ - ١٠٧٠) كتاب الصيد باب (٣) .

(٢) رواه البخارى (٣/٨٧) كتاب الأقضية باب (١٩)، مسلم (٣/١٣٤٠) كتاب الأقضية باب (٥) والامام مالك فى الموطأ (٢/٩٩٠) كتاب الكلام باب (٨)، الامام أحمد فى المسند (٢/٣٢٧) .

(٣) رواه الامام أحمد فى المسند (٢/١٣٢) صححه الألبانى انظر ارواء الغليل (٥/٣٦٥).

(٤) رواه الدارقطنى (٤/٢٥٣) كتاب الأشربة . قال الشوكانى رجاله ثقات انظر نيل الأوطار (٧/٩٤)، وقال ابن القيم اسناده صحيح انظر الطرق الحكمية (ص ٤٠٣) .

ثلاث مرات" (١) .

(٤) وعن أبى طعمه قال سمعت عبدالله بن عمر يقول لقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمِرْبَدِ فاذا بِزِقَاقٍ على المربد فيها خمر فدعى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمُدْيَة وماعرفت المُدْيَة الايومئذ فأمر بالزِّقَاقِ فَشُقَّتْ ثم قال لُعِنَتِ الخمرُ وشاربُها وساقيْها وبائعُها ومُبْتَاعُها وحَامِلُها (٢) .

(٥) وعن أنس رضى الله عنه قال : كنت أسقى أبا طلحة وأبَيّ بن كعب وأبا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حُرِّمَتْ . فقال أبو طلحة : قم ياأنس الى هذه الدنان فاكسرها" (٣) .

وهذا يدل على سقوط حرمتها واباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات .

(٦) وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال علمت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم فى بعض الأيام التى كان يصومها فَتَحَيَّنْتُ فطره بنبيذ صنعته فى دِنّ . فلما كان المساء جئته أحملها اليه فذكر الحديث ثم قال : فرفعتها اليه فاذا هو يَنِشّ فقال خذ هذه فاضرب بها الحائط فان هذا شراب من لايؤمن بالله واليوم الآخر" (٤) .

(٧) سقوط حرمة تلك الأوعية حيث صارت ظرفا للمحرم فلا ريب أن للمجاورة تأثير فى الامتهان والاكرام فقد قال تعالى : " وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ ٱللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا

---

(١) رواه الترمذى (٥٧٩/٣) كتاب البيوع باب (٥٨) وقال روى الثورى هذا الحديث عن السُّدّي عن يحيى بن عباد عن أنس أن أبا طلحة كان عنده وهذا أصح من حديث الليث ،ورواه الدارقطنى (٢٦٥/٤) كتاب الأشربة باب اتخاذ الخل من الخمر .

(٢) رواه الامام أحمد في المسند (٧١/٢)، قال فى مجمع الزوائد (٥٤/٥) "وأبو طعمة وثقه محمد بن عبدالله بن عمار الموصلى وضعفه مكحول وبقية رجاله ثقات " انظر ارواء الغليل (٣٦٦/٥) .

(٣) رواه البخارى (١٣٤/٨) كتاب أخبار الآحاد باب (١)، الامام مالك فى الموطأ (٨٤٦/٢) كتاب الأشربة باب (٥)، مسلم (١٥٧٢/٣) كتاب الأشربة باب (٩) .

(٤) رواه ابوداود (١٠٧/٤ – ١٠٨) كتاب الأشربة باب (١٢)، النسائى (٣٠١/٨) كتاب الأشربة باب تحريم كل شراب أسكر كثيره . ابن ماجه (١١٢٨/٢) ، كتاب الأشربة باب (١٥)، الدارقطنى (٢٥٢/٤) كتاب الأشربة . وصححه الألبانى انظر ارواء الغليل (٥١/٨) .

فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِى حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذًا مِثْلُهُمْ إِنَّ اللَّهَ جَامِعُ الْمُنَافِقِينَ وَالْكَافِرِينَ فِى جَهَنَّمَ جَمِيعًا"(١) .

فاذا كان هذا فى المجاورة المنفصلة فكيف بالمجاورة التى صارت لصيقة بالمحرم وتأثير الجوار ثابت عقلا وشرعا وعرفا . فاذا اسقطت حرمته لم يجب به ضمان(٢) .

المناقشة والترجيح :

أجاب القائلون بعدم جواز تكسير دنان الخمر وهم أصحاب القول الأول عن بعض الأدلة السابقة بما يأتى :

(١) حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ضعيف لأن فى بعض طرقه ثابت بن يزيد الخولانى وقد قال عنه ابن حزم " مجهول لايُدْرَىٰ من هو" .

والثانى من طريق ابن لهيعة وهو هالك عن أبى طعمه وهو نسير بن ذعلوق وهو لاشىء(٣) .

وقد ألمح ابن حجر الى عدم ثبوت حديث عبد الله بن عمر الذى أخرجه الامام أحمد وحديث أبى طلحة الذى أخرجه الترمذى فقال بعد إِيْرَادِه لهذين الحديثين : " فأشار المصنف الى أن الحديثين ان ثبتا فانما أمر بكسر الدنان وشق الزقاق عقوبة لأصحابها"(٤) .

قلت : وقد صحح الألبانى حديث ابن عمر رضى الله عنه وأورد طرقه وأحدها عن ثابت بن يزيد الخولانى وقال : " فان الخولانى هذا ترجمه ابن أبى حاتم برواية خالد بن يزيد وَحْدَهُ ولم يذكر فيه جرحا ولاتعديلا وأما ابن حبان فأورده فى الثقات"(٥) .

وأما الطريق الثانى فهو عن أبى طعمة وقال عنه الهيثمى(٦) :"وأبو طعمة وثقه محمد بن عبد الله بن عمّار الموصلى وضعفه مكحول وبقية

---

(١) سورة النساء : ١٤٠

(٢) الطرق الحكمية (ص٣٩٦ - ٣٩٧) .

(٣) المحلى (٣٠١/٨) .

(٤) فتح البارئ (٢٠٦/١٠) .

(٥) ارواء الغليل (٣٦٧/٥) .

(٦) مجمع الزوائد (٥٤/٥)،وراجع أيضا ارواء الغليل (٣٦٦/٥) .

رجاله ثقات " .

(٢) قالوا وعلى فرض صحتها فان الأمر بكسر الدنان وشق الراويات كان في الابتداء للمبالغة في الزجر عن العادة المألوفة (١) . أو عقوبة لأصحابها لأن الانتفاع بها بعد تطهيرها ممكن يدل على ذلك حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى نيرانا توقد يوم خيبر قال : علام توقد هذه النيران قالوا على الحمر الانسية . قال : اكسروها واهرقوها . قالوا : ألانهريقها ونغسلها قال : اغسلوا" (٢) .

قال ابن حجر : " وفيه رد على من زعم أن دنان الخمر لاسبيل الى تطهيرها لما يداخلها من الخمر " (٣) .

وقد رَدَّ شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله على من عَدَّى حكم القدور التي طبخت فيها الحمر الانسية الى دنان الخمر وظروفه بدعوى أن كُلًّا من الخَمْرِ والحُمُرِ نجس حصل في ظرف يمكن تطهيره والحُمُر الانسية قد ورد فيها النص فلعلهم لو استأذنوه في أوعية الخمر كما استأذنوه في القدور لأذن لهم . قال شيخ الاسلام رحمه الله (٤) : "إن دفع الشريعة بمثل هذه التقديرات لاتجوز فانَّا اذا سوَّغنا فيما أُمِرَ به أو نُهِيَ عنه أنه لو رُوجِعَ لَنُسِخَ ذلك لجاز رفع كثير من الشريعة بمثل هذه الخيالات مثل أن يقال لو رجع الرب في نقص الصلاة عن خمس لنقصها ... ولو ... ولو .... ويقال هذا باطل من وجهين :

(أحدهما) أنا لانعلم أنه لو روجع لفعل . وثبوت ذلك في صورة لايوجب ثباته في سائر الصور الا بتقدير المساواة من كل وجه وانتفاء الموانع وهذا غير معلوم .

---

(١) المبسوط (٢١/٢٤) .

(٢) رواه البخاري (١٠٧/٣) كتاب المظالم باب (٣٢)، واللفظ له ، ومسلم (١٥٤٠/٣) كتاب الصيد والذبائح باب (٥)، وابن ماجه (١٠٦٦/٢) كتاب الذبائح باب (١٣) .

(٣) فتح الباري (٢٠٧/١٠) .

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩٤/٢٩ - ٢٩٥) .

(الثانى) أنه لو فرض أنه لو كان لكان . لكن لم يكن . واذا كان النسخ معلقا بسؤالهم ولم يسألوا لم يقع النسخ " .

(٣) أما كسر أنس رضى الله عنه للجرة بأمر أبى طلحة رضى الله عنه فقد أجاب عنه النووى بقوله : " وهذا الكسر محمول على أنهم ظنوا أنه يجب كسرها واتلافها كما يجب اتلاف الخمر وان لم يكن فى نفس الأمر هذا واجبا فلما ظنوه كسروها ولهذا لم ينكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم وعَذَرَهُم لعدم معرفتهم الحكم وهو غسلها من غير كسر"(١) .

وقول النووى هذا غير وجيه فى نظرى بل ان سكوت النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك وعدم الانكار عليهم يدل على اقراره لفعلهم اذ لو لم يجز كسرها لبين لهم حيث أن هذا وقت البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لايجوز وحاشا أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك فان من عادته تعليم الجاهل ولم يرد فى هذا الحديث مايشير الى شىء من ذلك .

بل الأحاديث الواردة والتى استدل أصحاب القول الثانى ببعضها قد صرحت بأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يأمر بكسر الدنان وَشَقِّ الزِّقَاق .

نعم حمل هذه الأحاديث على المبالغة فى الزجر أو العقوبة قد يكون وجيها فان فى حديث عبدالله بن عمر الذى استدل به أصحاب القول الثانى مايؤيد ذلك فقد جاء فى أحد طرقه وهى التى من رواية ثابت بن يزيد الخولانى قوله : " ثم دَعَا بسكين . فقال : اشحذوها،ففعلوا،ثم أخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم يَخْرِقُ بها الزقاق فقال الناس : ان فى هذه الزقاق منفعة فقال أجل ولكنى انما أفعل ذلك غضبا لله عز وجل

---

(١) شرح صحيح مسلم (١٥١/١٣) .

لما فيها من سخطه قال عمر أنا أكفيك يارسول الله قال : لا "[(١)] .

وبالنظر فى أقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر لى والله أعلم مايلى :

(١) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز للامام اتلاف دنان الخمر وأدوات صناعته عقوبة لصاحبها ومبالغة فى زجره عن مثل هذا الفعل بناء على أن حيازة الخمور وكذا صناعتها من المعاصى التى يجب على الامام رفعها وازالتها وقاعدة التعزيرات الشرعية ولله الحمد واسعة .

(ب) أن تلك الأدوات والأوانى اذا كانت لاتصلح الا لصناعة الخمر فانه يتعين اتلافها ومن أتلفها أو غَيَّرَ هيئتها فليس عليه ضمان سواء كان الامام أو غيره من المسلمين وهذا أيضا لاخلاف فيه بين الفقهاء بل قد حصل ذلك عمليا فقد ذكر الونشريسى أن بعض قضاة عبد الله بن أبى طالب كتب اليه : " أنه رُفِعَ إِلَيَّ فى أمر قدور من نحاس تعمل عندهم لاتصلح لغير النَّبِيْذ وقالوا : اذا أردت قطع النَّبِيْذ والتضييق على أهله فاقطع هذه القدور فأمرت بها فَجُمِعَتْ من عند أهلها وَصَيَّرتُها فى موضع الثِّقَة وأوقفتها فكتب اليه بخط يده : ان لم يكن فيها منفعة الا الخمر ولاتَكَسُّب لغيره فَغَيِّرْ أمرها وَصَيِّرْهَا نحاسا ورُدَّ نحاسهم عليهم كما يُفْعَلُ بالبوق وامنع من يعملها"[(٢)] .

(جـ) أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أن من لم يقدر على اراقة الخمر الابكسر دِنِّه أو شق ظرفه أن له ذلك ولاضمان عليه .

(د) أن محل النزاع فيمن كسر دن الخمر أو شق ظرفه بغير اذن الامام مع استطاعته أن يريق الخمر من غير اتلاف محله أو ظرفه ومع صلاحية

---

(١) رواه البيهقى فى السنن الكبرى (٢٨٧/٨) كتاب الأشربة والحد فيها باب ماجاء فى تحريم الخمر . ورواه الحاكم فى المستدرك (١٤٤/٤ — ١٤٥) وقال هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى قال الألبانى : " قلت : أما الصحة فلا وأما الحُسْن فمحتمل" . انظر ارواء الغليل (٣٦٧/٥) .

(٢) المعيار المعرب (٤١٨/٦) .

هذا المحل لغير الخمر وامكان تطهيره بالغسل .

والذى يظهر لى فى ذلك أن هذه الأوانى لاحرمة لها بمجاورتها للمحرم والتصاقها به . ولايصح اعتبار ماستؤول اليه بعد غسلها وتطهيرها من جواز الانتفاع بها ومن ثم تكون مالا على متلفها الضمان اذ لو صح ذلك لقلنا بالضمان على متلف خمر المسلم لأنه يمكن أن تكون خلا ولاقائل بذلك .

بناء عليه فان المُسْلِمَ اذا احتسب وأتلف الخمر ودِنّهَا أو زِقّهَا فلا ضمان عليه فى ذلك لسقوط حرمتها بمجاورة المحرم وهو ماذهب اليه أصحاب القول الثانى والله أعلم بالصواب .

المطلب الثاني : اتلاف المادة المصنوعة منها الملاهي تبعالها

يقصد العلماء بالملاهي كل مايتلهى به عن ذكر الله ويشتغل بها عما يحبه الى مايسخطه وذلك مثل الطنابير والعيدان والمزامير والشطرنج والصنوج التي لامعنى فيها الا التلهي[1] ، أما اذا كان فيها معنى آخر أباحه الشارع فلا تكون آلة لهو بل آلة مباحة كالدفوف التي لاصنوج فيها ولاحِلَق تستخدم لاعلان النكاح أو في الحرب أو في الصيد ونحو ذلك . ومن ثم تكون أموالا على متلفها الضمان . جاء في مجمع الأنهر : " وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب لِلَّهْوِ فأما طبل الغزاة أو طبل الحاج أو طبل الصيد أو الدف الذي يباح ضربه في العرس أو يَلْعَبُ به الصبية في البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف "[2] .

وجاء في كشاف القناع : " بخلاف دُفٍّ لاحِلَقَ فيه ولاصنوج وطبل حرب فيضمنهما متلفهما لإباحتهما"[3] .

وجاء في نهاية المحتاج : " أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها "[4] .

ويرى أبو حنيفة[5] وابن حزم[6] أنه لافرق بين آلات الملاهي فيجوز بيع الشطرنج والمزامير والعيدان والمعازف والطنابيروعلى متلفها الضمان الاأن أبا حنيفة قال : يضمنها خشبا منحوتا غير صالحة للهو . أما ابن حزم فقد أطلق القول بالضمان فقال : " وبيع الشطرنج والمزامير والعيدان والمعازف والطنابير حلال كله ومن كسر شيئا من ذلك ضمنه

---

(١) تهذيب الآثار للطبري (١/١٨٨) .

(٢) (٢/٤٦٩) وانظر تبيين الحقائق (٥/٢٣٨)، الهداية (٩/٣٦٧) .

(٣) (٤/١٤٧) وانظر شرح المنتهى (٢/٤٣٣) .

(٤) (٥/١٦٨) .

(٥) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٠)، (٦/٣٠٠٩ - ٣٠١٠)، مجمع الأنهر (٢/٤٦٩) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٧ - ٢٣٨)، الهداية (٩/٣٦٧) .

(٦) المحلى (٩/٧٠١) .

قال تعالى : " هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُمْ مَّافِى ٱلْأَرْضِ جَمِيْعًا"(١) وقال : " وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ"(٢) وقال : " وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَاحَرَّمَ عَلَيْكُمْ"(٣) ولم يأت نص بتحريم بيع شئ من ذلك " .

واستدل أبو حنيفة على قوله : أنها كما تصلح للهو والفساد تصلح للانتفاع بها من وجه آخر بأن تُجعل ظرفا لأشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا فهى أموال متقومة من ذلك الوجه مضمونة بالاتلاف .

وقد صحح الكاسانى قول أبى حنيفة فقال : " والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله لأن كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف "(٤) .

لكن الفتوى فى مذهب الحنفية على قول الصاحبين اللذين خالفا أبا حنيفة فقالا بعدم جواز بيع الملاهى ولاضمان على متلفها لأنها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا(٥) .

وبهذا يكون الحنفية قد اتفقوا مع جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم جواز بيع آلات الملاهى ووجوب ابطالها الا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا فى حد التكسير والابطال على قولين :

القول الأول :

للشافعية(٦) قالوا لاتكسر الكسر الفاحش لكن تُفصَّل وفى حد التفصيل

---

(١) البقرة : ٢٩

(٢) البقرة : ٢٧٥

(٣) الأنعام : ١١٩

(٤) بدائع الصنائع (٣٠١٠/٦) .

(٥) رد المحتار (٦٥/٤)، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢)، تبيين الحقائق (٥٣٧/٥) ، بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، (٣٠١٠/٦)، الهداية (٣٦٧/٩) .

(٦) روضة الطالبين (١٧/٥ ـ ١٨)، نهاية المحتاج (١٦٩/٥)، مغنى المحتاج (٢٨٥/٢)، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٢٨٢) .

وجهان ذكرهما النووى بقوله : " أحدهما : قَدْرٌ لايصلح معه لاستعمال المحرم حتى اذا رفع وجه البربط وبقى على صورة قصعة كفى •

الثانى : أن يُفَصَّل الى حد حتى لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذى يناله فى ابتداء الاتخاذ وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف وهذا أقرب الى كلام الشافعى رضى الله عنه وجماهير الأصحاب "(١) •

قالوا : ومن اقتصر فى ابطالها على الحد المشروع فلا شىء عليه ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وبين قيمتها منتهية الى الحد الذى أتى به • وان أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الى الحد المشروع • وعللوا قولهم هذا بأن رضاضها متمول فعلى متلفه الضمان •

وهذا القول عندهم فيما اذا قَدِرَ المُنْكِرُ على تفصيلها أما اذا عَجِزَ عن مراعاة هذا الحد فى الانكار لِمَنْع صاحب المنكر له أبطله كيف تيسر ولو باحراق تَعَيَّنَ طريقا •

القول الثانى :

أنه لاضمان على من أتلف آلات اللهو مطلقا سواء كسرها أو أحرقها ولايجب عليه أن يتشاغل بتفصيلها سواء كان خشبها يصلح لغير الملاهى أو لايصلح • وهذا هو قول الصاحبين من الحنفية وعليه الفتوى لفساد الزمان فيما بين الناس(٢) • وهو مذهب الحنابلة(٣) نص عليه الامام أحمد فى أشهر الروايتين عنه نقل ذلك ابن القيم فقال : " قال الأثرم سمعت

---

(١) روضة الطالبين (١٧/٥) •

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢)، تبيين الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) •

(٣) كشاف القناع (١٤٧/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٣٢/٢ - ٤٣٣)، الانصاف (٢٤٧/٦)، المغنى (٢٢٤/٥)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (١١٣/٢٨)، الطرق الحكمية (ص ٣٩٣) ومابعدها، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٢٩٤) ، المبدع (٢٠٠/٥)، الآداب الشرعية (٣٢٠/١) •

أبا عبدالله يُسْأَلُ عن رجل كَسَرَ عودا كان مع أَمَةٍ لانسان فهل يغرمه أويصلحه قال لاأرى عليه بأسا أن يكسره ولايغرمه ولايصلحه .وقال عبدالله : سمعت أبى فى رجل يرى الطنبور أو العود أو الطبل أو ماأشبه هذا مايصنع به قال اذا كان مكشوفا فاكسره .

وقال المروذى : سألت أبا عبدالله عن كسر الطنبور الصغير يكون مع الصبى قال يكسر أيضا . قلت : أَمُرُّ فى السوق فأرى الطنبور يباع أأكسره ؟ قال : ماأراك تقوى ان قويت أى فافعل "(١) .

واستدل أصحاب هذا القول بما رواه الامام أحمد بسنده عن أبى أمامة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله عز وجل بعثنى رحمة وهدى للعالمين وأمرنى أن أَمْحَقَ المزامير والكَفَّارَات يعنى البرابط والمعازف والأوثان التى كانت تعبد فى الجاهلية ... الى أن قال ولايحل بيعهن ،ولاشراؤهن ولاتعليمهن ولاتجارة فيهن وأثمانهن حرام للمغنيات قال يزيد الكفارات البرابط "(٢) .

قال ابن القيم : " والمحق نهاية الاتلاف "(٣) .

واستدلوا أيضا بالقياس قال ابن القيم : " وأيضا فالقياس يقتضى ذلك لأن محل الضمان هو ماقبل المعاوضة ومانحن فيه لايقبلها البتة فلايكون مضمونا وانما قلنا لايقبل المعاوضة ... لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه" والملاهى محرمات بالنص فحرم بيعها"(٤) .

والنص الوارد فى تحريم الملاهى مارواه البخارى فى صحيحه(٥) بسنده

---

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٣ - ٣٩٤) .

(٢) مسند الامام أحمد (٢٦٨،٢٥٧/٥) قال ابن القيم : " رواه الامام أحمد فى مسنده والطبرانى فى المعجم من حديث الفرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامه . والفرج حمصى قال أحمد فى رواية هو ثقة وقال يحيى ليس به بأس تكلم فيه آخرون وعلى بن يزيد دمشقى ضعفه غير واحد . انظر : الطرق الحكمية (ص ٣٩٦)،وقال ابن حزم القاسم ضعيف . انظر المحلى (٧٠٧/٩) .

(٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) (٢٤٣/٦) كتاب الأشربة باب (٦) .

عن أبى عامر أو أبى مالك الأشعرى سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول ليكونن من أمتى أقوام يستحلون الحِرَ[1] والحرير والخمر والمعازف " .

فهذا دليل حرمتها .

وقد أعله ابن حزم بالانقطاع فقال : " وهذا منقطع لم يتصل ما بين البخارى وصدقة بن خالد، ولا يصح فى هذا الباب شىء أبدا وكل ما فيه فموضوع "[2] .

وقد نقل ابن حجر[3] عن ابن الصلاح قوله : " التعليق فى أحاديث من صحيح البخارى قُطِعَ اسنادها وصورته صورة الانقطاع ، وليس حُكْمُهُ حكمه ولا خارجا - ما وُجِدَ ذلك فيه - من قَبِيْلِ الصحيح الى قبيل الضعيف . ولا التفات الى أبى محمد بن حزم الظاهرى فى رَدِّ ما أخرجه البخارى من حديث أبى عامر أو أبى مالك الأشعرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ..... من جهة أن البخارى أورده قائلا قال هشام ابن عمّار وساقه باسناده فزعم ابن حزم أنه منقطع فيما بين البخارى وهشام ، وجَعَلَهُ جوابا عن الاحتجاج به على تحريم المعازف . وأخطأ فى ذلك من وجوه . والحديث صحيح معروف الاتصال بشرط الصحيح " .

ثم ذكر ابن حجر سبب ورود مثل ذلك فى صحيح البخارى وذكر من جملتها سبب ايراده لهذا الحديث معلقا فقال : " والذى يظهر لى الآن أنه لقصور فى سياقه وهو تردد هشام فى اسم الصحابى "[4] .

ثم أورد قول ابن الصلاح : " ان الذى يورده بِصِيْغَةِ : قال . حكمه حكم الاسناد المعنعن ، والعنعنة من غير المُدَلِّسْ محمولة على الاتصال ، وليس البخارى مُدَلِّسًا فيكون متصلا " ولم يرتض ذلك وقال : " وقد تقرر عند الحفاظ أن الذى يأتى به البخارى من التعاليق كلها بصيغة الجزم يكون

---

(١) قال القاضى عياض : " الحِر : اسم لفرج المرأة معلوم ورواه بعضهم الحر مشدد وهو خطأ والأول الصواب " . انظر مشارق الأنوار (١٨٧/١) .

(٢) المحلى (٧٠٨/٩) .

(٣) فتح البارى (١٥١/٢١ - ١٥٢) .

(٤) المرجع نفسه (١٥٢/٢١) .

صحيحا الى من علّق عنه ولو لم يكن من شيوخه لكن اذا وجد الحديث المعلّق من رواية بعض الحفاظ موصولا الى من علّقه بشرط الصحة أزال الاشكال".

ثم أورد الحديث موصولا من عدة طرق عن هشام بن عمار (١).

وقد ردّ ابن القيم على الشافعية قولهم ان الواجب تفصيلها الى حد لاتصلح لأن تكون آلة لهو ومافوق ذلك فهو متمول مضمون بالاتلاف لأنه يمكن الانتفاع به.

ردّ ذلك بأن حرمة الباقي قد سقطت حيث صارت جزءا للمحرم ولاريب أن للمجاورة تأثير في الامتهان والاكرام وقد قال تعالى: "وَقَدْ نَزَّلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلْكِتَابِ أَنْ إِذَا سَمِعْتُمْ آيَاتِ ٱللَّهِ يُكْفَرُ بِهَا وَيُسْتَهْزَأُ بِهَا فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِى حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذًا مِّثْلُهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ جَامِعُ ٱلْمُنَافِقِينَ وَٱلْكَافِرِينَ فِى جَهَنَّمَ جَمِيعًا" (٢). قال فاذا كان هذا في المجاورة المنفصلة فكيف بالمجاورة التى صارت جزءا من أجزاء المحرم وتأثير الجوار ثابت عقلا وشرعا وعرفا (٣).

قلت: ومن القواعد المسلمة في الشريعة الاسلامية أن الشيء اذا اشتمل على منفعة ومفسدة وغلبت مفسدته على منفعته صار كله حراما فقد حرم الله سبحانه وتعالى الخمر والميسر مع أن فيهما منافع للناس الا أن فيهما مفاسد تربو على تلك المنافع قال تعالى: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ..." الآية (٤).

بناء على ذلك فالذى يترجح عندى - والله أعلم - عدم جواز بيع وشراء آلات الملاهى بحجة أن فيها منفعة لما ذكرنا آنفا ولصحة الحديث الذى ورد بتحريم المعازف. واذا كانت حراما لايجوز بيعها ولاشراؤها

---

(١) فتح الباري (٢١/١٥٢ - ١٥٣). وقد تكلم الألباني على هذا الحديث وانتقد ابن حزم على تضعيفه لهذا الحديث انظر ذلك في كتابه غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام (ص ٢٢٥ - ٢٢٦).

(٢) سورة النساء: ١٤٠

(٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦ - ٣٩٧).

(٤) سورة البقرة: ٢١٩

فانها لاتعتبر أموالا . فمن أتلفها وأتلف خشبها معها باحراق ونحـــــوه فليس عليه ضمان وذلك لقوة ما استدل به أصحاب القول الثانى فى نظـــرى وكون رضاضها فيه منفعة فهذه لاتعتبر لغلبة المفسدة عليها . وهذا فـــى زمان من قال بهذا القول . أما فىزماننا هذا فان الناس لايتمولون مثـــل رضاض تلك الأشياء ولاينتفعون به وبذلك تفقد عنصرين من عناصر الماليـــة وهما عدم اباحة الانتفاع .وعدم تمول الناس لرضاضها فى زماننـــــا فلاتكون أموالا .

المطلب الثالث : اتلاف محل الصور المحرمة تبعا لها

اتفق العلماء رحمهم الله على جواز الصور لغير ذوات الأرواح . أما صور ذوات الأرواح فان اتخاذها يكون على عدة أضرب فاما أن يكون لها ظل أو لايكون . واذا لم يكن لها ظل فاما أن تكون فيما يداس ويمتهن كالفرش والوسائد ونحو ذلك . أو تكون معزوزة محترمة كالنقوش المصورة على الحيطان والستور والأبواب والأثاث ونحو ذلك وسوف نجعل الكلام عن ذلك فى مسائل :

المسألة الأولى : الصورة ليس لها ظل وتكون فى حال ممتهن .

اختلف العلماء فى صورة ذوات الارواح اذا كانت على بساط أو وسادة ونحو ذلك مما يمتهن على قولين :

القول الأول :

لأكثر العلماء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) وقد ذهبوا الى أنه لابأس بالصورة فيما يداس بل نَصّ الحنفية والحنابلة على أنه لايجوز تحريقها أو اتلافها قال الكاسانى : " ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لأن التمثال على البساط ليس بمحظور لأن البساط يوطأ فكان النقش متقوما" (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦٠)،حاشية الشلبى على شرح الكنز (٥/٢٣٨) ، حاشية رد المحتار (١/٦٤٨) .

(٢) حاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد (٢/٤٢٤)، الفواكه الدوانى (٢/٤١٢) .

(٣) شرح صحيح مسلم للنووى (١٤/٨١)،معالم السنن للخطابى (٤/٣٨٥)،فتح البارئ (٢٢/١٦٢)،مختصر المزنى (٤/٤٠)،نهاية المحتاج (٦/٣٧٦)،مغنى المحتاج (٣/٢٤٨) .

(٤) المغنى (٧/٢٨٠)،كشاف القناع (٤/١٤٨)، (١/٣٢٥)، التنقيح (ص ٦١) ، الانصاف (١/٤٧٣ - ٤٧٤)،شرح المنتهى (١/١٤٩) .

(٥) بدائع الصنائع (٩/٤٤٦١) .

وقال البهوتى : " ولايجوز تخريق الثياب التى عليها الصور ولا الرقوم التى تصلح بساطا ومضارج وتداس "[1] .

القول الثانى :

لبعض العلماء[2] وقد ذهبوا الى أن جميع الصور ممنوعة سواء كانت فيما يداس ويمتهن أو لم تكن .قال النووى : "قال الزهرى[3] : النهى فى الصورة على العموم وكذلك استعمال ماهى فيه ودخول البيت الذى هى فيه سواء كانت رقما فى ثوب أو غير رقم وسواء كانت فى حائط أو ثوب أو بساط ممتهن أو غير ممتهن عملا بظاهر الأحاديث لاسيما حديث النمرقة الذى ذكره مسلم وهذا مذهب قوى " .

الأدلـــة :

استدل أصحاب القول الأول :

بما رواه البخارى فى صحيحه[4] عن عائشة رضى الله عنها : " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت بقرام لى على سهوة فيها تماثيل فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم هتكه وقال : أشد

---

(١) كشاف القناع (١٤٨/٤) .

(٢) فتح البارئ (١٥٩/٢٢،١٦٢)، أحكام القرآن لابن العربى (١٦٠٢/٤)، الجامع لأحكام القرآن (٢٧٣/١٤)، مغنى المحتاج (٢٤٨/٣)، التمهيد (٥١/١٦).

(٣) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) .

(٤) (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩١)، مسلم (١٦٦٨/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) . قال النووى : " القرام الستر الرقيق . والسهوة قال الأصمعى هى شبيهة بالرف أو بالطاق يوضع عليه الشئ قال أبو عبيد وسمعت غير واحد من أهل اليمن يقولون السهوة عندنا بيت صغير منحدر فى الأرض وسُمْكُهُ مرتفع من الأرض يشبه الخزانة الصغيرة فيها المتاع قال أبو عبيد وهذا عندى أشبه ماقيل فى السهوة وقال الخليل : هى أربعة أعواد أو ثلاثة يعرض بعضها على بعض ثم يوضع عليها شئ من الأمتعة وقال ابن الأعرابى هى الكُوَّة بين الدارين وقيل بيت صغير يشبه المِخْدَعْ وقيل هى كالصُّفة وتكون بين يدى البيت وقيل شَبِيْهُ دَخْلَةٍ فى جانب البيت " . انظر شرح مسلم (٨٨/٤) ومابعدها . قال وقوله هتكه هو بمعنى قطعه وأتلف الصورة (٨٦/١٤) .

الناس عذابا يوم القيامة الذين يضاهون بخلق الله قالت : فجعلت منه وسادة أووسادتين " .

قال ابن حجر : " واستُدِلّ بهذا الحديث على جواز اتخاذ الصورة اذا كانت لاظل لها وهى مع ذلك مما يوطأ ويداس أو يمتهن بالاستعمال كالمخاد والوسائد " (١) .

ولأنها اذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معزوزة ولامعظمة فلا تشبه الأصنام التى تعبد وتتخذ آلهة .

وقد حمل أصحاب القول الثانى هذا الحديث على أن عائشة رضى الله عنها حينما قطعتها وسادتين تغيرت الصورة وخرجت عن هيئتها لوقوع القطع فى وسط الصورة مثلا واذا كانت بهذه الحالة جاز اتخاذها واستعمالها أما اذا كانت متصلة الهيئة لم يجز لما رواه البخارى فى صحيحه (٢) عن عائشة رضى الله عنها أنها اشترت نمرقة فيها تصاوير فقام النبى صلى الله عليه وسلم بالباب فلم يدخل قالت : أتوب الى الله مما أذنبت ؟ قال ماهذه النمرقة ؟ قلت لتجلس عليها وتوسدها قال ان أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة . يقال لهم أحيوا ماخلقتم وان الملائكة لاتدخل بيتا فيه الصور" .

قالوا فقد منع منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وتوعد عليه .

واستدلوا أيضا بما رواه البخارى فى صحيحه (٣) عن عائشة رضى الله عنها

---

(١) فتح البارى (١٦٢/٢٢) .

(٢) (٦٥/٧ ـ ٦٦) كتاب اللباس باب (٩٢)، مسلم (١٦٦٩/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) . قال النووى : " والنمرقة بضم النون والراء يقال بكسرهما ويقال بضم النون وفتح الراء ثلاث لغات ويقال نمرق بلا هاء وهى وسادة صغيرة وقيل هى مِرْفَقَة " . انظر شرح صحيح مسلم (٩٠/١٤) .

(٣) (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩٠) وأبو داود (٣٨٣/٤) كتاب اللباس باب (٤٧) بلفظ قَضَبَه بدلا من نقضه فى لفظ البخارى قال ابن حجر:" الانقضه كذا للأكثر ووقع فى رواية إِبّان الاقَضَبَه بتقديم القاف ثم المعجمة ثم الموحدة ... قلت ويترجح من حيث المعنى أن النقض يزيل الصورة مع بقاء الثوب على حاله والقضب وهو القطع يزيل صورة الثوب " . انظر فتح البارى (١٥٩/٢٢) .

أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئا فيه تصاليب الا نقضه " .

قال ابن حجر :" قال ابن بطال : فى هذا الحديث دلالة على أنه صلى الله عليه وسلم كان ينقض الصورة سواء كانت مما له ظل أم لا سواء كانت مما توطأ أم لا سواء فى الثياب أو الحيطان وفى الفرش والأوراق وغيرها" (١) .

قال ابن حجر : " وهذا مبنى على ثبوت الرواية بلفظ تصاوير ،وأما بلفظ تصاليب فلا لأن فى التصاليب معنى زائد على مطلق الصور لأن الصليب مما عبد دون الله بخلاف الصور فليس جميعها مما عبد " (٢) .

وكان ابن حجر قد أشار الى أنه قدوقع فى رواية الكُشْمِيهَنِي تصاوير بدل تصاليب قال ابن حجر : " ورواية الجماعة أثبت فقد أخرجه النسائى من وجه آخر عن هشام فقال تصاليب ،وكذا أخرجه أبو داود من رواية ابان العطار عن يحيى بن أبى كثير وعلى هذا فيحتاج الى مطابقة الحديث للترجمة" (٣) .

فأشار ابن حجر الى أنه اذا كانت رواية تصاليب أثبت من رواية تصاوير فان الترجمة التى وضعها البخارى للباب وهى " باب نقض الصور" تختلف مع الحديث . فحاول ابن حجر التوفيق بينهما فقال : " والذى يظهر أنه استنبط من نقض الصليب نقض الصورة التى تشترك فى الصليب فى المعنى وهما عبادتهما من دون الله فيكون المراد بالصورة فى الترجمة خصوص مايكون من ذوات الأرواح بل أخص من ذلك " (٤) .

الترجيح :

الذى يبدو لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من أن النهى عام فيما ليس له ظل ولافرق بين الممتهن منها

---

(١) فتح البارى (١٥٩/٢٢) .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) المرجع نفسه .
(٤) المرجع نفسه .

والمعزوز جمعا بين حديثى عائشة رضى الله عنها فان حديث عائشة الأول والذى استدل به أصحاب القول الأول يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل الستر الذى فيه الصورة بعد أن قُطِعَ وعُمِلَتْ منه الوسادة فحمله أصحاب القول الثانى على أن عائشة رضى الله عنها لما قطعته وقع القطع فى وسط الصورة فغيرهيئتها واذا تغيرت الهيئة جاز اتخاذها . وهذا احتمال وجيه فى نظرى حتى لايتعارض مع حديث عائشة الثانى والذى استدل به أصحاب القول الثانى وهو أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يستعمل النمرقة التى اشترتها عائشة لأن فيها تصاوير غير مقطعة مع أن عائشة رضى الله عنها غرضها الجلوس عليها وتوسدها وهذا امتهان لها . ومما يؤيد هذا ماأشار اليه ابن حجر من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أتانى جبريل فقال :أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ،وكان فى البيت كلب فَمُرْ برأس التمثال الذى على باب البيت يقطع فيصير كهيئة الشجرة ،ومُرْ بالستر فيقطع فليجعل منه وسادتان منبوذتان توطآن ،ومُرْ بالكلب فَلْيُخْرَجْ . ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم "(1) .

فاذا جعل من الستر وسادتان وبقيت الصورة على حالها من غير قطع فان العلة التى تمنع دخول الملائكة لاتزال قائمة وهى الصورة التى فيها مضاهات لخلق الله حتى ولو كانت فى الوسادة وهذه هى الحكمة التى دل الدليل على تحريم الصور من أجلها من ذلك مارواه البخارى(2)

---

(1) رواه الترمذى (١١٥/٥) كتاب الأدب باب (٤٤) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح . وأبو داود(٣٨٨/٤) كتاب اللباس باب (٤٨) والامام أحمد فى المسند (٣٠٥/٢) . وقال الشيخ ابن باز : " خَرَّجَ أبو داود والترمذى والنسائى باسناد جيد عن أبى هريرة ثم أورد الحديث انظر الجواب المُفِيْد (ص ٩) .

(2) رواه البخارى (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩٠)،مسلم (١٦٧١/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) .

في صحيحه بسنده عن أبي زرعة قال : دخلت مع أبي هريرة رضي الله عنه بالمدينة فرأى في أعلاها مُصَوِّرًا يصور فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ومن أظلم من ذهب يخلق كخلقي فليخلقوا حبة وليخلقوا ذرة .... الحديث .

فمضاهاة خلق الله تعالى هي الحكمة الأولى وهذا لاينفي وجود حِكَمٍ أخرى مثل ما استنبطه العلماء رحمهم الله من أن نصب الصور يفضي الى عبادتها من دون الله كما وقع ذلك لقوم نوح (١) .

---

(١) قال ابن كثير عند تفسير قوله تعالى : " وقالوا لاتذرن آلهتكم ولاتذرن ودا ولاسواعا ولايغوث ويعوق ونسرا " الآية (٢٣) من سورة نوح . "كانوا قوما صالحين بين آدم ونوح وكان لهم أتباع يقتدون بهم فلما ماتوا قال أصحابهم الذين كانوا يقتدون بهم لو صورناهم كان أشوق لنا الى العبادة اذا ذكرناهم فصوروهم فلما ماتوا وجاء آخرون دَبَّ اليهم ابليس فقال انما كانوا يعبدونهم وبهم يُسْقَطُونَ المطر فعبدوهم " . انظر تفسير القرآن العظيم (٤٢٦/٤)،وانظر أحكام القرآن لابن العربي (١٦٠٠/٤)، الجامع لأحكام القرآن (٣٠٨/١٨)،وانظر صحيح البخاري (٧٣/٦) كتاب تفسير القرآن . سورة نوح .

المسألة الثانية : الصورة ليس لها ظل وتكون غير ممتهنة ٠

اختلف العلماء فى جواز اتخاذها على قولين :

القول الأول :

ذهب أكثر العلماء الى أن صورة ذوات الأرواح اذا كانت فى ستور معلقة أو منقوشة على الأبواب أو على الحيطان أو الأثاث أنه لايجوز اتخاذها وتجب ازالتها (١) ٠

والأدلة على عدم جواز اتخاذها ووجوب ازالتها مايأتى :

(١) عن عائشة رضى الله عنها قالت : دخل عَلَيَّ النبى صلى الله عليه وسلم وقد سترت سهوة لى بقرام فيه تماثيل فلما رآه هتكه وتلون وجهه ٠٠٠٠ الحديث (٢) ٠

(٢) وعنها قالت قدم النبى صلى الله عليه وسلم من سفر وعلقت دُرنُوكاً فيه تماثيل فأمرنى أن أنزعه فنزعته ٠ ولفظ مسلم " وقد سترت على بابى دُرنُوكاً فيه الخيل ذوات الأجنحة فأمرنى فنزعته " (٣) ٠

(٣) وعن أبى الهياج الأسدى رضى الله عنه قال : قال لى على رضى الله عنه : ألا أبعثك على مابعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) شرح النووى على صحيح مسلم (٨١/١٤)، فتح البارى (١٦٧/٢٢)، بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٨/٥)، رد المحتار (٦٤٨/١)، كشاف القناع (٣٢٥/١)، التنقيح (ص ٦١)، الانصاف (٤٧٣/١-٤٧٤) شرح منتهى الارادات (١٤٩/١)، المغنى (٢٨٠/٧)، مغنى المحتاج (٢٤٧/٣)، نهاية المحتاج (٣٧٥/٦)، الجواب المفيد فى حكم التصوير للشيخ ابن باز (ص ١٥)، أحكام القرآن لابن العربى (١٦٠٢/٤)، الجامع لأحكام القرآن (٢٧٣/١٤ - ٢٧٤)، مختصر المزنى (٤٠/٤) ٠

(٢) سبق تخريجه ٠(ص٦٢١)

(٣) أخرجه البخارى (٦٥/٧) كتاب اللباس باب (٩١)، مسلم (١٦٦٧/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) ٠ والدُرنُوك قال النووى : بضم الدال وفتحها حكاهما القاضى وآخرون والمشهور ضمها ويقال فيه دُرمُوك وهو ستر له خمل وجمعه درانك انظر شرح صحيح مسلم (٨٧/١٤) ٠

أن لاتدع صورة الاطمستها ولاقبرا مشرفا الا سويته" (١) .

(٤) وعن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه زمن الفتح وهو بالبطحاء أن يأتى الكعبة فيمحوا كل صورة فيها فلم يدخلها النبى صلى الله عليه وسلم حتى محيت كل صورة فيها" (٢) .

(٥) وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتانى جبريل فقال لى أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل ،وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان فى البيت كلب ،فمر برأس التمثال الذى فى البيت يقطع فيصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع فليجعل منه وسادتان منبوذتان توطآن " (٣) .

ودلالة هذه الأحاديث بينة ظاهرة فكلها تدل على تحريم تعليق الستور التى فيها الصور وعلى وجوب هتكها .

القول الثانى :

وذهب بعض العلماء ونسبه النووى (٤) الى القاسم بن محمد أنه يستثنى من تحريم الصور التى ليس لها ظل ماكان رقما فى ثوب فقط أما اذا كان مصورا على الحيطان ونحوها فمكروه واستدلوا على ذلك بحديث بُسر بن سعيد عن زيد بن خالد عن أبى طلحة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الملائكة

---

(١) رواه مسلم (٦٦٦/٢) كتاب الجنائز باب (٣١)، أبو داود (٥٤٨/٣) كتاب الجنائز باب (٧٢)، الترمذى (٣٥٧/٣) كتاب الجنائز باب (٥٦) ،النسائى (٨٨/٤) كتاب الجنائز باب تسوية القبور اذا رفعت، الامام أحمد فى المسند (١٢٩/١) .

(٢) رواه أبو داود (٣٨٧/٤) كتاب اللباس باب (٤٨) قال الشيخ ابن باز اسناده جيد . انظر الجواب المفيد (ص ٨)، ورواه الامام أحمد فى مسنده (٣٣٥/٣، ٣٣٦) .

(٣) سبق تخريجه . (ص ٦٢٤)

(٤) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) قال ابن حجر : " المذهب المذكور نقله ابن أبى شيبة عن القاسم بن محمد بسند صحيح ولفظه : عن ابن عون قال دخلت على القاسم وهو بأعلى مكة فى بيته فرأيت فى بيته حَجَلَةً فيها تصاوير القندس والعنقاء " . انظر فتح البارى (١٦٣/٢٢) .

لاتدخل بيتا فيه صورة قال بُسْر : ثم اشتكى زيد بَعْدُ فعدناه فاذا على بابه ستر فيه صورة قال فقلت لعبيد الله الخولاني ربيب ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ألم يخبرنا زيد عن الصور يوم الأول فقال عبيد الله ألم تسمعه حين قال الارقما في ثوب " (١) .

وقد استنكر العلماء هذا القول حتى قال النووي : " وهو مذهب باطل فان الستر الذى أنكر النبي صلى الله عليه وسلم الصورة فيه لايَشُكّ أحد أنه مذموم وليس لصورته ظل مع باقي الأحاديث المطلقة في كل صورة " (٢) .

وقد أجاب النووي عن هذا الحديث بقوله :" وجوابنا وجواب الجمهور عنه أنه محمول على رقم على صورة الشجر وغيره مما ليس بحيوان وقد قدمنا أن هذا جائز عندنا" (٣) .

وقد اعتذر ابن حجر عن القاسم بن محمد وانتقد النووي على قوله انه مذهب باطل فقال : " ففي اطلاق كونه باطلا نظر ، اذ يحتمل أنه تمسك في ذلك بعموم قوله الا رقما في ثوب فإنّه أَعَمُّ من أن يكون معلقا أو مفروشا وكأنه جعل انكار النبي صلى الله عليه وسلم على عائشة تعليق الستر المذكور مُرَكّبا من كونه مصورا ومن كونه ساترا للجدار .... والقاسم بن محمد أحد فقهاء المدينة وكان من أفضل أهل زمانه وهو الذى روى حديث النُّمْرُقَة فلولا انه فهم الرخصة في مثل الحَجَلَة ما استجاز استعمالها لكن الجمع بين الأحاديث الواردة في ذلك يدل على أنه مذهب مرجوح" (٤) .

وقد حمل ابن حجر حديث أبي طلحة عن بسر بن سعيد عن زيد على كون ذلك قبل النهي (٥) .

قال الشيخ عبدالعزيز بن باز بعد أن ذكر حديث أبي طلحة : " فظاهر

---

(١) رواه البخاري (٦٦/٧) كتاب اللباس باب (٩٢) ، مسلم (١٦٦٥/٣) كتاب اللباس والزينة باب (٢٦) .

(٢) شرح صحيح مسلم (٨٢/١٤) .

(٣) المرجع نفسه (٨٥/١٤) .

(٤) فتح الباري (١٦٣/٢٢) .

(٥) المرجع نفسه (١٦٦/٢٢) .

هذا يدل على أن زيدا يرى جواز تعليق الستور التى فيها الصور .

فالجواب : أن أحاديث عائشة المتقدمة وماجاء فى معناها دالة على تحريم تعليق الستور التى فيها الصور وعلى وجوب هتكها وعلى أنها تمنع دخول الملائكة واذا صحت الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تَجُزْ معارضتها بقول أحد من الناس ولافعله كائنا من كان ووجب على المؤمن اتباعها والتمسك بما دلت عليه ورفض ماخالفه ... ولعل زيدا رضى الله عنه لم يعلم الصورة التى فى الستر المذكور أو علمها لكن استجازه لأنه لم تبلغه الأحاديث الدالة على تحريم تعليق الستور التى فيها الصور فأخذ بظاهر قول النبى صلى الله عليه وسلم "الارقما فى ثوب" فيكون معذورا لعدم علمه بها"(1) .

وبذلك يظهر رجحان ماذهب اليه جماهير العلماء من عدم جواز تعليق الستور التى فيها الصور أو اتخاذ الأثاث والأبواب المنقوشة عليها ونحو ذلك مما فيه اعزاز لها واحترام وذلك لقوة ما استدلوا به وظهور ضعف ما استدل به أصحاب القول الثانى لأن دليلهم قد تطرق اليه الاحتمال وقد قال الامام الشافعى رحمه الله : " حكاية الحال اذا تطرق اليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال وسقط بها الاستدلال "(2) .

ومن عرضنا لآراء الفقهاء فى المسألتين السابقتين وأدلتهم حول مايحرم من الصور التى ليس لها ظل ومالايحرم نجد أننا قد خلصنا الى أن عموم الصور محرمة سواء مايمتهن فى الفرش والوسائد أو لم يمتهن كالصور على الحيطان والستور والأبواب ونحو ذلك . فهى منكرات تجب ازالتها وتغييرها لكن مأخَذُ الازالة هل هو تغيير هيئتها فقط أو اتلاف محلها تبعا لها ؟ مثل تحريق الورق والستور وكسر الأخشاب التى عليها نقوش التماثيل بحيث لايستفاد منها بعد كسرها ونحو ذلك .

---

(1) الجواب المفيد فى حكم التصوير (ص ١٥ - ١٦) .

(2) شرح الكوكب المنير (١٧٢/٣)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٢٣٤) .

الذى نص عليه العلماء وجوب تغيير هيئتها التى هى عليها بطمسها أو حَكِّهَا أو تلطيخها بما يُغَيِّبُ هيئتها . قال ابن القيم : " قال المروذى : قلت لأحمد : الرجل يكترى البيت فيرى فيه تصاوير ترى أن يحكها ؟ قال نعم . وحجته هذا الحديث الصحيح " (١) يشير الى حديث أبى الهياج الأسدى قال لى على بن أبى طالب : ألا أبعثك على مابعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لاأدع تمثالا الا طمسته ولاقبرا مشرفا الا سويته " (٢) .

وقال ابن قدامة : "قال المروذى قلت لأبى عبد الله دخلت حماما فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس؟ قال نعم . انما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم . ويتلف منها مايخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفى " (٣) .

وقال الكاسانى : " ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لأنه لاقيمة لنقش التماثيل لأن نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لأنه لايكون تمثالا بلا رأس ألاترى أنه ليس بمحظور فكان متقوما ... ولو هدم بناء مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لأن الصور على البيت لاقيمة لها لأنه محظور " (٤) .

وقال الخطابى عند حديث أبى هريرة : " وفيه دليل على أن الصورة اذا غُيِّرَتْ بأن يقطع رأسها أو تُحَلّ أوصالها حتى تغير هيئتها عما كانت

---

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٧) .
(٢) سبق تخريجه .(ص٦٢٧) .
(٣) المغنى (٢٨٥/٧) وانظر قول الحنابلة فى تغيير هيئتها أيضا : كشاف القناع (٣٢٥/١)، التنقيح (ص ٦١)، الانصاف (٤٧٣/١ - ٤٧٤)، شرح المنتهى (١٤٩/١)، وجاء فى الآداب الشرعية (٢٢٣/١) : " قال ابن عقيل فى الفنون وسئل هل يجوز تحريق الثياب التى عليها الصور قال لايجوز لأنها يمكن أن تكون مفارش بخلاف غيرها " .
(٤) بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٨/٥) ، وانظر رد المحتار (٦٤٨/١) .

لم يكن بها بعد ذلك بأس " (١) .

وقال السندى : " فَإِمَّا أن يَقطعْ رؤوسها بوضع صبغ يغير على موضع الرأس " (٢) .

وقال الشيخ ابن باز : " انه لايجوز بقاء هذه التصاوير المشار اليها على حالها بل يجب قطع رأسها أو طمسها " (٣) .

وقد نص الشيخ ابن باز على وجوب تغيير الهيئة بقطع الرأس ولايكفى غيره عنه كقطع نصفها الأسفل (٤) قال : " ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الصورة اذا قطع رأسها كان باقيها كهيئة الشجرة . وذلك يدل على أن المُسَوِّغ لبقائها خروجها عن شكل ذوات الأرواح ومشابهتها الجمادات . والصورة اذا قطع أسفلها وبقى رأسها لم تكن بهذه المثابة لبقاء الوجه وفيه من بديع الخلقة والتصوير ماليس فى بقية البدن فلايجوز قياس غيره عليه عند من عقل عن الله ورسوله مراده " .

وماذهب اليه العلماء من وجوب التغيير فقط دون اتلاف المحل هو الذى تشهد له سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ففى حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن جبريل قال للرسول صلى الله عليه وسلم : " فمر برأس التماثل الذى على باب البيت يقطع فيصير كهيئة الشجرة " (٥) .

فهذا تغيير للهيئة فقط دون اتلاف المحل .

وقوله صلى الله عليه وسلم عندما بعث عليا : " أن لاتدع تمثالا الا طمسته " (٦) والطمس محو الشىء ومَسْحه (٧) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " أيكم ينطلق الى المدينة فلا يدع بها وثنا الا كسره ولاقبرا الا سواه ولاصورة الا لطخها " (٨) .

---

(١) معالم السنن (٣٨٩/٤)،وانظر فتح البارى (١٥٩/٢٢،١٦٧) .

(٢) حاشية السندى على سنن النسائى (٢١٦/٨) .

(٣) الجواب المفيد (ص ٢٠) .

(٤) المرجع نفسه (ص ١٧ - ١٨) .

(٥) سبق تخريجه .(ص٦٢٤)

(٦) سبق تخريجه .(ص٦٢٧)

(٧) معجم مقاييس اللغة (٤٢٤/٣) .

(٨) رواه الامام أحمد فى المسند (٨٧/١) .

جاء فى الصحاح : " لطخه بكذا لطخا فتلطخ به أى لوثه به فتلوث "(١).

وماجاء فى حديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئا فيه تصاليب الانقضه "(٢).

قال ابن حجر النقض يزيل الصورة مع بقاء الثوب على حاله ... فاذا كان المراد بالنقض الإزالة دخل طمسها فيما لو كانت نقشا فى الحائط أو حكها أو لطخها بما يغيب هيئتها "(٣).

وقد ورد هذا الحديث بلفظ " الاقضبه" وذلك من رواية أبان . قال ابن حجر : " وكذا وقع فى رواية ابن أبى شيبة عن يزيد بن هارون عن هشام ورجحها بعض شراح المصابيح وَعَكَسَه الطيبى فقال : رواية البخارى أضبط والاعتماد عليهم أولى "(٤).

قال ابن فارس عند مادة (قضب) : " القاف والضاد والباء أصل صحيح يدل على قطع الشئ يقال : قضبت الشئ قضبا . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأى التصليب فى ثوب قضبه أى قطعه "(٥).

قال ابن حجر : " والقضب وهو القطع يزيل صورة الثوب "(٦).

فيكون تغيير الصور اذاً بطمسها أو حكها أو تقطيع محلها حتى تتغير هيئتها ثم تدفع الى صاحبها لينتفع بها غير مصورة . ولم أر أحدا قال باتلاف محلها تبعا لها لأن محلها يمكن الانتفاع به بعد ازالتها فكان مالا متقوما مضمونا بالاتلاف .

---

(١) (٤٣٠/١)، وانظر ترتيب القاموس المحيط (١٤٤/٤) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٦٩٣)

(٣) فتح البارئ (١٥٩/٢٢) .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) معجم مقاييس اللغة (١٠٠/٥) .

(٦) فتح البارئ (١٥٩/٢٢) .

المسألة الثالثة : ماله ظل من الصور .

الصورة اذا كان لها ظل قائم كالتماثيل المعبودة من دون الله لايجوز بيعها ولاشراؤها ولا اتخاذها ويجب تغيير هيئتها وهذا ماذهب اليه المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والصاحبان من الحنفية (٤) والظاهرية (٥) . وقال أبو حنيفة يجوز بيعها وشراؤها ممن يعبدها قال السرخسى : " ذُكِرَ عن مسروق رحمه الله قال بعث معاوية رضى الله عنه بتماثيل من صفر تباع بأرض الهند فَمُرَّ بِهَا على مسروق رحمه الله قال : والله لو أنى أعلم أنه يقتلنى لغرقتها ولكن أخاف أن يعذبنى فيفتننى. والله لاأدرى أى الرجلين معاوية رجل زُيِّنَ له سوء عمله أو رجل يَئِسَ من الآخرة فهو يَتَمَتَّعُ فى الدنيا . وقيل هذه تماثيل كانت قد أصيبت فى الغنيمة فأمر معاوية رضى الله عنها ببيعها بأرض الهند ليتخذ بها الأسلحة والكراع للغزاة فيكون دليلا لأبى حنيفة رحمه الله فى جواز بيع الصنم والصليب ممن يعبده كما هو طريقة القياس . وقد استعظم ذلك مسروق رحمه الله كما هو طريق الاستحسان الذى ذهب اليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى كراهة ذلك . ومسروق من علماء التابعين وكان يزاحم الصحابة رضى الله عنهم فى الفتوى وقد رجع ابن عباس الى قوله فى مسألة النذر بذبح الولد ولكن مع هذا قول معاوية رضى الله عنه مقدم على قوله " (٦) .

وهذا لو صح عن معاوية رضى الله عنه فانه لايجوز أن يترك قول الرسول صلى الله عليه وسلم الصحيح لفعل أحد من الناس أو قوله وقد

---

(١) الفواكه الدوانى (٤١٢/٢)،حاشية العدوى على شرح رسالة ابن أبى زيد (٤٢٤/٢)، الشرح الصغير للدردير (٤٣٥/١)،منح الجليل (١٦٧/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (١٦٨/٥)،مغنى المحتاج (٢٨٥/٢)،روضة الطالبين (١٧/٥)،شرح صحيح مسلم (٨١/١٤)،ونقل الاجماع على ذلك .

(٣) المغنى (٢٢٤/٥)،كشاف القناع (١٤٧/٤)، الانصاف (٢٤٧/٦)،شرح منتهى الارادات (٤٣٣/٢) .

(٤) المبسوط (٤٦/٢٤) .

(٥) المحلى (٧٠١/٩) .

(٦) المبسوط (٤٦/٢٤) .

ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبدالله رضى الله عنهما : " أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة ان الله ورسوله حَرّمَ بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام[1] .... الحديث " .

قال الخطابى عند هذا الحديث : " وفى تحريمه ثمن الأصنام دليل على تحريم بيع جميع الصور المتخذة من الطين والخشب والحديد والذهب والفضة وما أشبه ذلك من اللعب ونحوها[2] " .

بناء على ذلك فمن كسرها فلا ضمان عليه لوجوب تغيير تلك الصورة المحرمة قال ابن القيم : " ولأن محل الضمان ماقَبِلَ المعاوضة وما نحن فيه لايقبلها البته فلا يكون مضمونا وانما قلنا لايقبل المعاوضة لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام[3] " . اهـ

وقال الطبرى : " لابأس على الرجل المسلم اذا رأى بعض مايتخذه أهل الكفر وأهل الفسوق والفجور من الأشياء التى يعصى الله بها مما لاتصلح لغير معصية الله به وهو بهيئته ... أن يغيره عن هيئته المكروهة التى يُعْصَىٰ الله به.وهو بها الى خلافها من الهيئات التى يزول عنه معها المعنى المكروه والأمر الذى معه يصلح لأهل معاصى الله العصيان به ... ومعلوم أن الصنم لامعنى فيه اذا كان تمثالا من صفر أو نحاس أو غير ذلك الاكفر من يكفر بالله بعبادته اياه وتعظيمه له والسجود له من دون الله تعالى ذكره[4] " .

لكن الخلاف فى اتلاف مادتها تبعا لها : فقد اختلف العلماء فى

---

(١) رواه البخارى (٣/٤٣) كتاب البيوع باب (١١٢)،ومسلم (٣/١٢٠٧) كتاب البيوع باب (١٣)،والترمذى (٣/٥٨٢) كتاب البيوع باب (٦١)،وأبوداود (٣/٧٥٦) كتاب البيوع باب (٦٦)،والنسائى (٧/٣٠٩) كتاب البيوع باب بيع الخنزير،وابن ماجه (٢/٧٣٢) كتاب التجارات باب (١١) .

(٢) معالم السنن (٣/٧٥٧).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦).

(٤) تهذيب الآثار (١/١٨٨ - ١٨٩) .

ذلك بناء على اختلافهم فى رضاضها هل هو متمول أو لا ؟ والخلاف فى ذلك نفس الخلاف فى الملاهى والذى سبق عرضه فى المبحث السابق ونورده هنا مختصرا :

فمن قال ان الرضاض متمول قال لاتكسر الكسر الفاحش بل تغير هيئتها المحرمة فقط ومن اقتصر فى ابطالها على الحد المشروع فلا شىء عليه ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وبين قيمتها منتهية الى الحد الذى أتى به هذا اذا قدر على ذلك . أما اذا لم يقدر على التفصيل وتغيير الهيئة فقط مثل منع صاحب المنكر له فانه يبطله كيف تيسّر ولو باحراقه ولاضمان عليه وهذا قول الشافعية (١) وقول أبى حنيفة (٢) تخريجا على قوله فى الصورة المنقوشة على باب ونحوه .

وذهب الحنابلة الى أن من أتلف الصور التى لها ظل كالأصنام والأوثان بتحريق ونحوه فلا ضمان عليه قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " المنكرات من الأعيان والصفات يجوز اتلاف محلها تبعا لها مثل الأصنام المعبودة من دون الله لمّا كانت صورها منكرة جاز اتلاف مادتها فاذا كانت حجرا أو خشبا ونحو ذلك جاز تكسيرها وتحريقها" .

واستدل ابن القيم لهذا القول فقال : " قد أخبر الله سبحانه عن كليمه موسى عليه السلام أنه أحرق العجل الذى عبد من دون الله ونسفه فى اليم وكان من ذهب وفضة وذلك محق له بالكلية .

وقال عن خليله ابراهيم عليه السلام " فجعلهم جذاذا" وهو الفتات وذلك نص فى الاستئصال .

---

(١) نهاية المحتاج (١٦٨/٥ - ١٦٩)، مغنى المحتاج (٢٨٥/٢)، شرح النووى على مسلم (٨/١١)، روضة الطالبين (١٧/٥) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٦٠/٩)، حاشية الشلبى على شرح الكنز (٢٣٨/٥)، انظر رد المحتار (٢٢٦/٥) .

(٣) كشاف القناع (١٤٧/٤)، شرح المنتهى (٤٣٣/٢) .

(٤) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (١١٣/٢٨)، وانظر (٣٦٣/٢٩) .

وروى الامام أحمد فى مسنده والطبرانى فى المعجم من حديث الفرج بن فضاله عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامه رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ان الله بعثنى رحمة للعالمين وهدى للعالمين وأمرنى ربى بمحق المعازف والمزامير والأوثان والصلب وأمر الجاهلية " .... والمحق نهاية الاتلاف " (١) .

الرأى المختار :

الذى أراه - والله أعلم - أن المادة اذا كانت مرادة لذاتها من غير صناعة كالذهب والفضة والنحاس ونحو ذلك أنها لاتتلف بالتحريق ونحوه بل تغير هيئتها وتدفع لصاحبها أما اذا كانت تلك المادة تابعة للصناعة ولاتراد لذاتها بل المقصود الصناعة فهذه يجوز اتلاف مادتها تبعا لها ولعل الحنابلة حينما قالوا ان من أتلف صنما أو وثنا فلاضمان عليه يريدون ذلك لأنهم قد فرقوا بين من أتلف آلة اللهو بتحريق ونحوه وبين من أتلف اناء ذهب أو فضة بمثل ذلك فقالوا : " ومن أتلف مزمارا ونحوه أو ألقاه فى نحو بحر ... أو كسر اناء ذهب أو فضة لم يضمنه وأما اذا أتلفه فانه يضمنه بوزنه ذهبا أو فضة بلا صناعة .. والفرق بينه وبين آلة اللهو أن الذهب والفضة لايتبعان الصنعة بل هما مقصودان عملا أو كسرا والخشب والرّق يصيران تابعين للصناعة فالصناعة فى الذهب والفضة كالغناء فى الآدمية لأن الصناعة أقل من الأصل والخشب والرق لايبقى مقصودا فى نفسه بل يتبع الصورة " (٢) .

---

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٩٥ - ٣٩٦) . والحديث قد سبق تخريجه (ص ٦١٦)

(٢) كشاف القناع (١٤٧/٤) .

المسألة الرابعة : الصورة لها ظل تلعب بها البنات .

الصورة اذا كانت من ذوات الأرواح مُعَدَّة لتلعب بها البنات هل هي مستثناة من التحريم أو لا ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول :

يرى الحنابلة[(١)] أنه لابأس بِلَعِب البنت الصغيرة بِلُعْبَةٍ غير مصورة أو مصورة مقطوعة الرأس ، أو مصورة بلا رأس ولابأس كذلك بشرائها .

أما اذا كانت على صورة ذوات الأرواح فقد قال أبو يعلى : "ظاهر كلام الامام أحمد رحمه الله المنع منها وانكارها اذا كانت على صورة ذوات الأرواح قال في رواية المروزي وقد سئل عن الوصي يشتري للصَّبِيَّة اذا طلبت فقال : ان كانت صورة فلا .

وقال في رواية بكر بن محمد وقد سأله عن حديث عائشة : " كنت ألعب بالبنات " فقال لابأس بِلُعَب اللّعِب اذا لم يكن فيها صورة فاذا كانت صورة فلا "[(٢)] .

وقد نسب ابن حجر هذا القول الى بعض العلماء كالمنذري والحُلَيْمي فقال : " وقال المنذري ان كانت اللُّعَب كالصورة فهي قبل التحريم والافقد يسمى ماليس بصورة لعبة وبهذا جزم الحُلَيْمي وقال ان كانت صورة كالوثن لم يجز والا جاز"[(٣)] .

---

(١) المغني (٢٨١/٧)،كشاف القناع (٣٢٦/١)، (٤٣٩/٣ - ٤٤٠)، الانصاف (٣٣١/٥)،شرح منتهى الارادات (٢٩٣/٢) .

(٢) الأحكام السلطانية (ص ٢٩٤) .

(٣) فتح الباريء (٣٢٩/٢٢) .

القول الثانى :

يرى جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنفية (٣) والظاهرية (٤) أنه لابأس بلعب البنت الصغيرة باللُعَب المصورة ولو كانت صورة لذوات الأرواح قالوا فهذه مستثناة من الصور المحرمة لأن بهن يتدربن على حمل الأطفال وفيها وجه من وجوه التدبير ٠

وقد استدل جمهور الفقهاء بما روته عائشة رضى الله عنها قالت : "كنت ألعب بالبنات عند النبى صلى الله عليه وسلم وكان لي صواحب يلعبن معى فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل يتقمعن منه فَيُسَرِّبهن الى فيلعبن معى" (٥) ٠

وفى لفظ أبى داود عن عائشة رضى الله عنها قالت قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم من غزوة تبوك أو خيبر وفى سهواتها ستر فهبت ريح فكشفت ناحية الستر عن بنات لعائشة لعب فقال ماهذا ياعائشة ؟ قالت بناتى ٠ ورأى بينهن فرسا لها جناحان من رقاع فقال : " ماهذا الذى أرى وسطهن " ؟ قالت : فرس ٠ قال : وماهذا الذى عليه ؟ قالت جناحان ٠ قال : فرس له جناحان ؟ قالت : أما سمعت أن لسليمان خيلا لها أجنحة ؟ قالت فضحك حتى رأيت نواجذه" (٦) ٠

---

(١) منح الجليل (١٦٧/٢)،حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٤٣٥/١)،الفواكه الدوانى (٤١٢/٢)،حاشية العدوى على الرسالة (٤٢٤/٢)، الجامع لأحكام القرآن (٢٧٤/١٤ - ٢٧٥) ٠

(٢) مغنى المحتاج (٢٤٨/٣)، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٢٨٢)،شرح النووى على صحيح مسلم (٨١/١٤)،فتح البارئ (٣٢٩/٢٢)،نهاية المحتاج (٣٧٦/٦) ٠

(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه (٢٢٦/٥) وانظر (٦٤٨/١) ٠

(٤) المحلى (٦٤٦/٩ - ٦٤٧) ٠

(٥) رواه البخارى (١٠٢/٧) كتاب الأدب باب (٨١)،مسلم (١٨٩٠/٤) كتاب فضائل الصحابة باب (١٣)،ورواه أبو داود (٢٢٦/٥) كتاب الأدب باب (٦٢)، ابن ماجه (٦٣٧/١ - ٦٣٨) كتاب النكاح باب (٥٠) ٠

(٦) رواه أبو داود (٢٢٧/٥) كتاب الأدب باب (٦٢) ٠ قال الخطابى فى معالم السنن (٢٢٧/٥) : " السهوة عن الأصمعى : كالصفة تكون بين يدى البيت ٠ وقال غيره السهوة شبيهة بالرَّفِّ والطاق يوضع فيه الشئ" ٠

قال ابن حجر : " قال الخطابى : فى هذا الحديث أن اللُّعَب بالبنات ليس كالتلهى بسائر الصور التى جاء فيها الوعيد وانما أرخص لعائشة فيها لأنها اذ ذاك كانت غير بالغ .

قال ابن حجر : " قلت وفى الجزم به نظر لكنه محتمل لأن عائشة كانت فى غزوة خيبر بنت أربع عشرة سنة اما أكملتها أو جاوزتها أو قاربتها . وأما فى غزوة تبوك فكانت قد بلغت قطعا فيترجح رواية من قال فى خيبر ويجمع بما قاله الخطابى لأن ذلك أولى من التعارض "(١) .

بناء على ذلك فقد قال جمهور العلماء باستثناء الصور المصورة على شكل ذوات الأرواح لتلعب بها البنات غير البالغات ومن ثم قالوا بجواز بيعها وشرائها وصنعها واستصناعها . وقد استثنى الحنفية فى قول لهم ماصنع من الطين فقالوا بعدم جواز شرائه ولاقيمة له ولايضمن متلفه لأن الطين لاقيمة له اذا قُطِعَ النظر عن التلهى بهذه اللعبة . بخلاف مالو كانت من خشب أو صفر لامكان الانتفاع بها(٢) .

وماجاز بيعه وشراؤه فهو مال على متلفه الضمان فمن أتلف لعب البنات المصورة ضمنها عند جمهور الفقهاء بناء على قولهم بجواز بيعها وشرائها .

المناقشة والترجيح :

ناقش الشيخ حمود التويجرى(٣) أحد العلماء المعاصرين قول من قال بجواز اتخاذ لعب البنات المصورة وأن ذلك مخصوص من عموم النهى عن اتخاذ الصور مستدلين بحديث عائشة رضى الله عنها ناقشه بما يلى :

(١) أنه ليس فى حديث عائشة رضى الله عنها تصريح بأن لعبها كانت

---

(١) فتح البارى (٣٣٠/٢٢) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار عليه (٢٢٦/٥) .

(٣) مجلة البحوث الاسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالرياض العدد الحادى عشر عام ١٤٠٤هـ - ١٤٠٥هـ (ص ٢٧٨) ومابعدها .

صورا حقيقية وبانتفاء التصريح بأنها كانت صورا حقيقية ينتفي الاستدلال بالحديث على جواز اتخاذ اللعب من الصور الحقيقية ·

ومن ادعى أن لعب عائشة كانت صورا حقيقية فعليه اقامة الدليل على ذلك ولن يجد الى ذلك سبيلا ·

وأما تسمية اللعب بنات كما فى حديث عائشة رضى الله عنها فلا يلزم منه أنها كانت صورا حقيقية كما قد يظن ذلك من قصر فهمه ·

بل الظاهر والله أعلم أنها كانت على نحو لعب بنات العرب فى زماننا فانهن يأخذن عودا أو قصبة أو خرقة ملفوفة أو نحو ذلك فيضعن قريبا من أعلاه عودا معترضا ثم يلبسنه ثيابا ويضعن على أعلاه نحو خمار المرأة وربما جعلنه على هيئة الصبى فى المهد ثم يلعبن بهذه اللعب ويسمينهن بنات لهن على وفق ماهو مروى عن عائشة وصاحباتها رضى الله عنهن ·

وقد رأينا البنات يتوارثن اللَّعِبَ بهذه اللُّعَب اللاتى وصفنا زمانا بعد زمان ولايبعد أن يكون هذا التوارث قديما ومستمرا فى بنات العرب من زمان الجاهلية الى زماننا هذا ·

والقول فى الفَرِس الذى كان فى لُعَبِ عائشة رضى الله عنها كالقول فى لعبها سواء ومن ادعى انها كانت صورة حقيقية لها رأس ووجه فعليه اقامة الدليل على ذلك ولن يجد الى ذلك سبيلا ·

والظاهر والله أعلم أنها على نحو لعب صبيان العرب فى زماننا فانهم يأخذون العظم ونَحْوَهُ ويجعلون عليه شِبْهَ الإكَافِ ويسمونه حمارا وربما سموه فرسا · ويأخذون أيضا من كَرَبِ النخل ويغرزون فى ظهر كل واحدة عودين كهيئة عُوْدَيْ الرَّحْلِ ثم يضعون بينهما شبه مايوضع على النجائب من الأخراج وغيرها ويجعلون لها مِقْوَداً يقودونها به وربما اتخذوا ذلك من خشبة منجورة فى أعلاها مثل السنام وبين يديه ومن خلفه عودان كهيئة عُوْدَيْ الرَّحْلِ يوضع بينهما شبه مايوضع على النجائب ومن أمامها عود كهيئة الرقبة يوضع فيها المقود ولها أربع عجلات تمشى عليهن ويسمون هذه

اللُّعَب والتى قبلها ابلا وليست هذه اللعب من الصور المحرمة فى شىء والنسبة بينها وبين الصور الحقيقية بعيدة جدا ٠

ومما يدل على أن الفَرَسَ كانت على نحو لُعَب صبيان العرب ولم تكن صورة حقيقية أن النبى صلى الله عليه وسلم سأل عائشة رضى الله عنها ماهذا فقالت فرس ولو كانت صورة حقيقية لعرفه النبى صلى الله عليه وسلم من أول وهلة ولم يحتج الى سؤال عائشة عنه ٠ وكذلك سؤاله صلى الله عليه وسلم عن اللعب يدل على أنها لم تكن صورة حقيقية ولو كانت صورة حقيقية لم يحتج الى السؤال عنها والله أعلم ٠

وماذكره الشيخ التويجرى فى هذا الوجه هو الذى أفتى به الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى الديار السعودية رحمه الله فقد قال (١) : " ومن زعم أن لعب عائشة رضى الله عنها صور حقيقية لذوات الأرواح فعليه اقامة الدليل ولن يجد الى ذلك سبيلا فانها ليست منقوشة ولامنحوتة ولامطبوعة من المعادن المنطبعة ولانحو ذلك بل الظاهر أنها من عهن أو قطن أو خرق أو قصبة أو عظم مربوط فى عرضه عودا معترضا بشكل يشبه الموجود فى اللعب فى أيدى البنات الآن فى البلدان العربية البعيدة عن التمدن والحضارة مما لاتشبه الصورة المحرمة الا بنسبة بعيدة جدا لما فى صحيح البخارى (٢) من أن الصحابة يُصَوِّمُونَ أولادهم فاذا طلبوا الطعام أعطوهم اللُّعَبَ من العهن يعللونهم بذلك (٣) ٠ ولما فى سنن أبى داود وشرحها من حديث عائشة من ذكر الفرس ذى أربعة الأجنحة من رقاع يعنى من خرق ٠ ولِمَا عُلِمَ من حال العرب من الخشونة غالبا فى أوانيهم ومراكبهم وآلاتهم آلات اللِّعِب وغيرها وفيما ذكرت هاهنا مقنع لمريد الحق ان شاء الله تعالى " ٠

(٢) أن النبى صلى الله عليه وسلم أنكر على عائشة رضى الله عنها نصب

---

(١) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن ابراهيم (١٨٢/١) ٠
(٢) صحيح الامام البخارى (٢٤٢/٢) كتاب الصوم باب (٤٧)، ورواه الامام مسلم (٧٩٨/٢ - ٧٩٩) كتاب الصيام باب (٢١) ٠
(٣) سبق تخريجه (ص ٦٣٨) ٠

الستر الذى فيه التصاوير وتلون وجهه لَمَّا رآه ثم تناوله بيده الكريمة فهتكه (١) وهذا مما يدل على أن لُعَبَ عائشة رضى الله عنها لم تكن صورا حقيقية ولو كانت صورا حقيقية لكانت أولى بالتغيير من الصور المرقومة فى الستر لأن الصورة المجسدة أقرب الى مشابهة الحيوانات وأبلغ فى المضاهات بخلق الله تعالى من الصور المرقومة فكانت أشد تحريما وأولى بالتغيير من الصور المرقومة .

(٣) أنه قد ورد فى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك فى بيته شيئا فيه تصاليب الانقضه (٢) . وفى رواية الا قضبه وفى رواية تصاوير بدل تصاليب . وصيغة هذا الحديث تقتضى العموم لأن شيئا نكرة فى سياق النفى فتعم كل صليب وصورة وهذا يدل على أن لعب عائشة رضى الله عنها لم تكن صورا حقيقية ولو كانت صورا حقيقية لقضبها النبى صلى الله عليه وسلم كسائر التصاليب والصور .

(٤) أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الملائكة لاتدخل بيتا فيه كلب ولاصورة . وأخبر عن جبريل أنه أتاه ليلة فلم يدخل البيت من أجل كلب فيه ومن أجل مافيه من تمثال الرجال ثم قال للنبى صلى الله عليه وسلم مُرْ بقطع رأس التمثال واخراج الكلب (٣) .

وهذا يدل على أن لُعَبَ عائشة رضى الله عنها لم تكن صورا حقيقية ولو كانت صورا حقيقية لمنعت الملائكة من دخول بيتها وماكان النبى صلى الله عليه وسلم ليترك فى بيته شيئا يمنع من دخول الملائكة فيه فتعين أن لُعَبَ عائشة رضى الله عنها لم تكن صورا حقيقية وانما هى على نحو ماوصفته فى الوجه الأول .

(٥) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة أبى أن يدخل البيت وفيه الآلهة ،فأمر بها فأخرجت رواه عكرمة عن ابن عباس رضى

---

(١) سبق تخريجه (ص ٦٢١) .
(٢) سبق تخريجه (ص ٦٢٣) .
(٣) سبق تخريجه (ص ٦٢٤) .

الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .(١)

وفى رواية أنه لما رأى الصور التى فى البيت لم يدخل حتى أمر بها فمحيت .(٢)

واذا كان النبى صلى الله عليه وسلم قد امتنع من دخول الكعبة مرة واحدة من أجل مافيها من الصور فكيف يُظَنُّ به أنه كان يدخل بيت عائشة رضى الله عنها فى اليوم والليلة مرارا متعددة وفيه الصور فتعين أن لعب عائشة رضى الله عنها لم تكن صورا حقيقية وبهذا تجتمع الأحاديث وينتفى التعارض .

(٦) أن لعب عائشة رضى الله عنها لو كانت صورا حقيقية لكانت داخلة فى عموم ماأمر النبى صلى الله عليه وسلم بطمسه كما ورد فى حديث أبى الهياج الأسدى قال قال لى على رضى الله عنه ألا أبعثك على مابعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أن لاتدع تمثالا الا طمسته " .(٣)

ولم يَرِدْ ولاحرف واحد عن النبى صلى الله عليه وسلم يقتضى استثناء لعب عائشة رضى الله عنها من هذا العموم . فتعين كونها من غير الصور الحقيقية .

(٧) أن التخصيص نوع من النسخ لكونه رفْعًا لبعض أفراد الحكم العام بدليل خاص والنسخ لابد فيه من أمرين :

(أحدهما) ثبوت دليل النسخ .

(الثانى) تأخر تأريخه عن تأريخ المنسوخ .

واذا فرضنا أو كان مازعمه عياض وغيره من تخصيص صور البنات من عموم النهى عن الصور بناء على أن لعب عائشة رضى الله عنها كانت صورا حقيقية فلابد اذا من اقامة الدليل على أن لعب عائشة رضى الله عنها كانت صورا حقيقية .

---

(١) رواه الامام البخارى فى صحيحه (١٦٠/٢) كتاب الحج باب (٥٤)، والامام أحمد فى المسند (٣٣٤/١).

(٢) سبق تخريجه . (ص ٦٢٧)

(٣) سبق تخريجه . (ص ٦٢٧)

ولابد أيضا من ثبوت التخصيص بأن يكون النبى صلى الله عليه وسلم رأى تلك الصور عند عائشة رضى الله عنها بعد نهيه العام عن الصور فأقرها على الاتخاذ واذا كان كل من الأمرين معدوما فلا شك فى بطلان مازعمه عياض ومن قال بقوله .

وبعد هذا العرض لمناقشة الشيخ التويجرى وفقه الله تعالى ورده على القائلين بجواز لعب البنات باللعب المصورة يظهر لى والله أعلم رجحان قول من قال بأن لعب البنات المصورة غير مستثناة من عموم النهى عن اتخاذ الصور وحرمة التصوير لاسيما وأن الأمر فى زماننا هذا قد اختلف كثيرا عن زمن الفقهاء السابقين رحمهم الله تعالى بحيث لو عاشوا فى عصرنا هذا وشاهدوا ماشاهدنا من تطور المصانع فى صناعة اللعب للبنات وذلك باحداث أشياء فيها لاتحتاج اليه البنت فى عملية التدريب والتمرين أقول لو عاشوا هذا العصر وشاهدوا ذلك لقالوا بحرمة هذه اللعب لأن فيها مضاهات لخلق الله تعالى فقد سُوِّيَتِ الأصابع بل الأنامل والأظافر وخطت الحواجب وصارت الأعين تُغمِضُ وتَفتَحْ واللعبة تمشى وتتكلم وهذا كله مما لايحتاج اليه فى تدريب البنات وتمرينهن على تربية الأولاد وعلى فرض أن هذا ضرورى فالضرورة تقدر بقدرها .

فيجب اذا اعطاء هذه اللعب الحادثة فى زماننا حكما آخر يختلف عن حكم لعب عائشة وفى ذلك يقول الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى الديار السعودية رحمه الله : " نعم يختلف حكم هذه الحادثة الجديدة عن حكم لعب عائشة رضى الله عنها لما فى هذه الجديدة الحادثة من حقيقة التمثيل والمضاهات والمشابهة بخلق الله تعالى لكونها صورا تامة بكل اعتبار ولها من المنظر الأنيق والصنع الدقيق والرونق الرائع مالايوجد مثله ولاقريب منه فى الصور التى حَرَّمتْها الشريعة المطهرة وتسميتها لعبا وصغر أجسامها لايخرجها عن أن تكون صورا اذ العبرة فى الأشياء بحقائقها لابأسمائها "[1] .

---

(١) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن ابراهيم (١/١٨١) .

ويقول الشيخ حمود التويجرى : " وكما أن بين لعب هؤلاء وأولئك بونا بعيدا فى الحقيقة والشكل الظاهر فكذلك الحكم فيها مختلف أيضا فأما اللعب اللاتى على ماوصفنا فلا بأس بعملهن واتخاذهن واللَّعِب بهن لأنهن لسن صورا حقيقية . وأما اللُّعَب اللاتى على صور البنات وأنواع الحيوانات فصناعتهن حرام وبيعهن حرام وشراؤهن واتخاذهن حرام والتلهى بهن حرام ،واتلافهن واجب على من قدر على ذلك لأنهن من الأصنام وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بطمس الأصنام كما تقدم فى حديث على رضى الله عنه "(1) .

وبناء على ذلك : فانه يجب انكار مثل تلك اللعب على الصناع والباعة والمستوردين وتغيير هيئتها ومن فعل ذلك من المسلمين فلاضمان عليه لأنه محسن وماعلى المحسنين من سبيل الآن مثل هذا الانكار يجب أن لايصدر الا من الامام أو من ينوب عنه قطعا لدابر النزاع والفوضى .

والذى أراه أيضا أنها لاتتلف مادتها المصنوعة منها تبعا لها وذلك بتحريق أو نحوه لامكان استفادة صاحبها منها خصوصا اذا كانت الكمية كبيرة وذلك ببيعها الى المصانع التحويلية والتى تقوم باعادة المصنوعات القديمة الى مادة خام بالصهر والتذويب أو بالطحن ونحو ذلك . والله أعلم .

---

(1) مجلة البحوث الاسلامية العدد الحادى عشر (ص ٢٧٩) .

المطلب الرابع : هدم مواضع الشرك وأماكن المعصية وتحريقها

لاخلاف بين العلماء أنه يتعين على الامام تعطيل مواضع الشرك وأماكن المعصية بتغير صورته واخراجه عما وضع له[(١)] ان أمكن ذلك ،والافبهدمه واتلافه . يقول ابن القيم : " ومنها هدم مواضع الشرك التى تتخذ بيوتا للطواغيت وهدمها أحب الى الله ورسوله وأنفع للاسلام والمسلمين من هدم الحانات والمواخير . وهذا حال المَشَاهِد المبنية على القبور التى تعبد من دون الله ويشرك بأربابها مع الله لايحل ابقاؤها فى الاسلام ويجب هدمها"[(٢)] . وقال فى موضع آخر : " وكذلك محال المعاصى والفسوق كالحانات وبيوت الخمارين وأرباب المنكرات "[(٣)] .

وقال ابن عابدين : " ذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد فى داره ... وعن الصفّار الزاهدى الأمر بتخريب دار الفاسق "[(٤)] .

وجاء فى المعيار : " مابُنِيَ من السقائف والقبب والروضات فى مقابر المسلمين هدمها واجب ولايجب أن يترك من حيطانها الا قدر مايمتاز به الرجل قبور قرابته وعشيرته "[(٥)] .

ولهذا سند شرعى من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته .

(١) أن الرسول صلى الله عليه وسلم حَرَّقَ مسجد الضرار وأمر بهدمه[(٦)] قال ابن القيم : " وهو مسجد يُصَلَّىٰ فيه ويذكر اسم الله فيه لَمَّا كان بناؤه ضرارا وتفريقا بين المؤمنين وارصادا ومأوى للمنافقين

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه (٦٤/٤ - ٦٥)، الفتاوى البزازية (٤٢٨/٦)، مجمع الأنهر (٤٦٩/٢)، تبيين الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨)، الانصاف (٢٤٨/٦)، شرح منتهى الارادات (٤٣٣/٢)، كشاف القناع (١٤٧/٤)، مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٦٦٧/٢٨) ، الآداب الشرعية (٢٢١/١) .

(٢) زاد المعاد (٥٩/٣) .

(٣) المرجع نفسه (٣٥/٣) .

(٤) رد المحتار (٦٥/٤) .

(٥) (٤٦٨/٧) .

(٦) قال الألبانى : مشهور فى كتب السيرة وما أرى اسناده يصح . انظر ارواء الغليل (٣٧٠/٥)، وانظر هذا الحديث فى الجامع لأحكام القرآن (٢٥٣/٨) .، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٣٨٨/٢) .

المحاربين لله ورسوله" . وقال : " واذا كان هذا شأن مسجد الضرار فمشاهد الشرك التى تدعوا سدنتها الى اتخاذ من فيها أندادا من دون الله أحق بذلك وأوجب "(١) .

(٢) ماروا ه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " والذى نفسى بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحتطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ،ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم"(٢) .

قالوا ولو لم يجز ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما هم به ،واذا جاز تحريق البيت على العاصى بترك الجماعة فمن باب أولى جوازه فى حق المفسدين فى الأرض أهل الزيغ والفجور .

(٣) أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حرّق قرية بكاملها كان يباع فيها الخمر .

(٤) وحرق أيضا حانوتا كان يباع فيها الخمر لرويشد الثقفى وقال انما أنت فويسق لارويشد(٣) .

---

(١) زاد المعاد (٣٥/٣) .

(٢) رواه البخارى (١٢٧/٨) كتاب الأحكام باب (٥٢)،مسلم (٤٥١/١) كتاب المساجد باب (٤٢)، النسائى (١٠٧/٢) كتاب الامامة باب التشديد فى التخلف عن الجماعة، الترمذى (٤٢٢/١) كتاب الصلاة باب (١٦٢)، ابن ماجه (٢٥٩/١) كتاب المساجد والجماعات باب (١٧)، الامام أحمد فى مسنده (٢٤٤/٢، ٢٩٢) .

(٣) انظر هذين الأثرين فى زاد المعاد (٣٥/٣) .

المطلب الخامس : اتلاف الكتب الهدامة ونحوها

مما لاخلاف فيه أن الكتب التى لها خطر على العقيدة مثل كتب الصوفية المنحرفة المليئة بالبدع والخرافة، الداعية الى الوثنية والشرك والزندقة، وكتب التنجيم والسحر والفلسفة والتى تحتوى على الأحاديث الموضوعة وتنسبها للنبى عليه الصلاة والسلام عمدا، وكذلك الكتب التى لها خطر على الأخلاق مثل كتب الخلاعة والتفسخ الأخلاقى لايجوز تركها على حالها لأن قراءتها والنظر فيها معصية لما فيها من افساد بل هدم للدين والأخلاق .(١) ولذلك حرص أعداء الاسلام من ملاحدة ويهود ونصارى الى الدفع بمثل هذه الكتب الى المسلمين ليفسدوا عليهم دينهم من أجل سهولة السيطرة عليهم، وقد أعلن ذلك صريحا أحد أحبار النصارى فقد جاء فى كتاب "كتب ليست من الاسلام"(٢) نقلا عن الشيخ محمد السفارينى قوله : " قال العلماء ان الخليفة المأمون لما هادن بعض ملوك النصارى – أظنه صاحب جزيرة قبرص – طلب منه خزانة كتب اليونان وكانت عندهم مجموعة فى بيت لايظهر عليه أحد، فجمع الملك خَوَاصَّه من ذوى الرأى واستشارهم فى ذلك فكلهم أشاروا بعدم تجهيزها اليه، الاواحدا فانه قال : جَهِّزْهَا اليهم فما دخلت هذه العلوم على دولة شرعية الا أفسدتها وأوقعت بين علمائها" .

فالواجب اذا حماية المسلمين من هذا الوباء الفتاك والداء العضال بمنع تَسَرُّب مثل هذه الكتب الى ديار المسلمين ومصادرة واتلاف كل ماوصل منها بِطُرُقٍ غير مشروعة اذ ليس شئ أعظم من الدين والأخلاق وهذا متفق عليه بين علماء المسلمين الاأنهم قد اختلفوا فى جواز تحريقها على قولين :

---

(١) انظر فى ذلك المهذب (٢/٣٠٨)، المجموع (٩/٢٤٠)، روضة الطالبين (١٠/٢٥٩)، كشاف القناع (٤/١٤٧)، الانصاف (٦/٢٤٧ – ٢٤٨)، شرح منتهى الارادات (٢/٤٣٣)، الطرق الحكمية (ص ٣٩٩، ٤٠٢)، الأم (٤/١٧٩).

(٢) محمود مهدى الاستانبولى (ص ٩٩ – ١٠٠) .

القول الأول :

أنه اذا أمكن الانتفاع بها اذا مُزِّقَتْ فلا يجوز تحريقها لأن ماكان منتفعا به فهو مال لايجوز لأحد أن يتلفه وهذا قول الشافعية (١) . يقول النووى : " وماحرم الانتفاع به ككتب الكفر والهَجْو والفحش المحض لم يترك بحاله بل ان كان فى رَقّ أو كاغد ثخين وأمكن غَسْلُهُ ،غُسِلَ ،ثم هو كسائر الأموال ،فان لم يمكن أُبْطِلَتْ منفعته بتمزيق ،ثم المُمَزَّق كسائر الأموال ،وعن القاضى أبى الطيب أنها تمزق أو تحرق وضعفوا الاحراق لما فيه من التضييع لأن للممزق قيمة وان قَلَّتْ (٢) " .

القول الثانى :

يرى الحنابلة (٣) أن مثل هذه الكتب تحرق ولاضمان على من حرقها قال المروذى : " قلت لأحمد : استعرت كتابا فيه أشياء رديئة ترى أن أخرقه أو أحرقه ؟ قال نعم فأحرقه .

وقد استدلوا على جواز تحريقها بما يأتى :

(١) أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى بيد عمر كتابا اكتتبه من التوراة وأعجبه موافقته للقرآن فتَمَعَّرَ وجه النبى صلى الله عليه وسلم حتى ذهب به عمر الى التنور فألقاه (٤) .

قال ابن القيم : " فكيف لو رأى النبى صلى الله عليه وسلم ماصنف بعده من الكتب التى يُعَارَضُ بها مافى القرآن والسنة والله المستعان ... وكل هذه الكتب المتضمنة لمخالفة السنة غير مأذون فيها بل مأذون فى محقها واتلافها (٥) " .

---

(١) المهذب (٣٠٨/٢) ، الأم (١٧٩/٤) ،مغنى المحتاج (٢٢٧/٤) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٩/١٠) .

(٣) كشاف القناع (٤٤/٣) ، (١٤٧/٤) ، الانصاف (٢٤٧/٦ - ٢٤٨) ،شرح منتهى الارادات (٩٧/٢ ، ٤٣٣) ، الطرق الحكمية (ص ٣٩٩) .

(٤) رواه عبدالرزاق فى المصنف (١١١/١١) . وليس فيه أن عمر قام الى التنور فألقاه .

(٥) الطرق الحكمية (ص ٣٩٦) .

(٢) أن الصحابة رضوان الله عليهم حَرَّقُوا المصاحف المخالفة لمصحف عثمان لَمَّا خافوا على الأمة من الاختلاف . قال ابن القيم : " فكيف لو رأوا هذه الكتب التى أوقعت الخلاف والتفرق بين الأمة "(١) .

(٣) أن مالية الورق تسقط لمجاورتها المحرم وكونها ظرفا له كما سقطت حرمة الخشب والوَتَر التى تتكون منها آلة اللهو(٢) .

والذى أراه والله أعلم أن قول الشافعية هو الأوفق فى مثل زماننا هذا لامكان الاستفادة من الورق بعد مسح ماعليه أو تمزيقه فى بعض الصناعات التحويلية أو كمواد أولية فى صناعة الورق أو التغليف ونحو ذلك .

وكذلك يمكن الاستفادة من الأشرطة والأفلام بعد مَسْحِ ماعليها من مواد اعلامية فاسدة وذلك بتسجيل مواد أخرى كالمحاضرات والدروس والخطب والمواعظ النافعة ونحو ذلك . خصوصا اذا كانت كمية الكتب والأشرطة والأفلام كبيرة لأنها حينئذ تكون لها قيمة مادية بين الناس وليس هناك مانع شرعى .

الا اذا رأى ولى الأمر أو من يقوم مقامه أن المصلحة فى تحريقها عقوبة لصاحبها ومبالغة فى ردعه وزجره عن مثل هذه الأعمال فانه يجوز له ذلك ان شاء الله تعالى لأن ذلك من باب السياسة الشرعية وقاعدة التعزيرات فى الشريعة الاسلامية واسعة ولله الحمد .

---

(١) الطرق الحكمية (ص ٤٠٠) .

(٢) الآداب الشرعية لابن مفلح (٣١٤/١) .

الفصل الثانى

أحكام تلف الأموال فى التصرفات غيرالمشروعة

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول

تلف المال فى يد السارق والمحارب

اذا تلف المال فى يد السارق والمحارب أو أتلفه فهل يلزمه ضمانه أو لا ؟

لاخلاف بين الفقهاء فى أن المال اذا وجد بعينه فى يد السارق أو المحارب فانه يلزمه رده الى ربه أما اذا تلف قبل رده فقد اختلفوا فى ضمانه على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[(١)] الى عدم اجتماع الحد والضمان فمتى كانت الجناية مما يستوجب الحد سواء فى السرقة أو فىالحرابة فلا ضمان على السارق أو المحارب فى المال الذى أخذه سرقة أو حرابة وهذا عندهم قضاء ٠ أما ديانة فيفتى بأداء الضمان لما يلحق بالمالك من الخسران والنقصان ٠

القول الثانى :

وذهب المالكية[(٢)] الى أن السارقأو المحارب اذا كان موسرا من حين

---

(١) المبسوط (١٥٦/٩)،بدائع الصنائع (٤٢٦٨/٩، ٤٢٩٣)،تبيين الحقائق (٢٣١/٣ ، ٢٣٧)،مجمع الأنهر (٦٢٧/١)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١١٠/٤) ٠

(٢) المدونة (٢٨٢/٦، ٣٠٤)، الكافى فى فقه أهل المدينة (٣٧٢/٢، ٣٧٥) ، جواهر الاكليل (٢٩٤/٢)، الشرح الكبير (٣٤٧/٤)، المنتقى (١٨٣/٧) ، أحكام القرآن لابن العربى (٦١٢/٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٦٥/٦) ٠

أخذه للمال الى حين إقامة الحد عليه فان عليه ضمان ماأخذه من مال اذا تلف أو أتلفه . أما اذا كان معسرا حين أخذه للمال أو فيما بين الأخذ واقامة الحد فلا ضمان عليه . هذا اذا كانت الجناية مما يستوجب الحد فان لم تستوجب الحد أو سقط عنه فعليه ضمان ماسرق سواء كان موسرا أم معسرا .

ويرى المالكية أن الواحد يغرم عن الجميع فى الحرابة فلو أخذ منفردا فانه يتحمل غرم كافة الأموال التى سلبها أصحابه واعتبروهم كالحُمَلاَءَ لأن كُلاّ منهم يَتَقَوَّىْ بالآخر فى تنفيذ جريمته يقول الدردير (١) : "وغَرِّمَ كل واحد بانفراده من المحاربين اذاأخذوا شيئا من الأموال عن الجميع لأنهم كالحُمُلاَءَ فكل من قدر عليه منهم أُخِذَ بجميع ماأخذه هو وأصحابه مطلقا" .

وقد قيد المالكية قولهم هذا بما اذا لزم من عداه الغرم أما اذا لم يلزمه فان المأخوذ لايغرم عنه شيئا فقد قال الدسوقى مُعَقِّباً على رأى الدردير : " اعلم أن محل غرمه عمن عداه حيث لزم من عداه الغرم إمّا لعدم اقامة الحد عليه بأن سقط الحد لمجيئه تائبا أو هرب ولم يُظْفَر به أو أقيم عليه الحد وكان يساره متصلا من حين أخذ المال لوقت الحد فان كان من عداه أقيم عليه الحد أو كان معسرا بعدالحرابة وقَبْلَ الحَدِّ فلا يغرم عنه هذا المأخوذ وذلك لأن المأخوذ انما يغرم عن غيره بطريق الضمان والضمان يقتضى لزوم المضمون (٢) " .

وماذهب اليه المالكية من لزوم الضمان اذا كان موسرا وسقوطه عنه اذا كان معسرا استحسنه ابن القيم رحمه الله حيث قال : " وتَوَسَّط فقهاء المدينة مالك وغيره بين القولين فقالوا ان كان له مال ضمنها بعد القطع وان لم يكن له مال فلا ضمان عليه وهذا استحسان حَسَنٌ جدا وماأقربه من محاسن الشرع وأولاه بالقبول (٣) " .

---

(١) الشرح الكبير (٣٥٠/٤ - ٣٥١) .
(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣٥٠/٤) .
(٣) مدارج السالكين (٣٦٧/١ - ٣٦٨) .

القول الثالث :

وذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] الى أن على السارق والمحارب ضمان ماأتلفه من أموال الناس سواء أقيم عليه الحد أو لم يُقَمْ عليه وسواء كان موسرا أم معسرا فان كان معسرا أُتْبِعَ فى ذلك دينا فى ذمته • ونبه الحنابلة الى أن الضمان يلزم المحارب المباشر دون الردىء خلافا للمالكية لأن الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر كالغصب والنهب •

عرض الأدلة والمناقشة والترجيح •

أولا : أدلة الحنفية :

استدل الحنفية على قولهم بسقوط الضمان بما يأتى :

(١) قال الله تعالى : " وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ "[3] •

قالوا : والجزاء اسم لِمَا يُسْتَحَقُّ بالفعل فاذا كان الله سبحانه وتعالى جعل جميع مايُسْتَحَقُّ بالفعل هو القطع لم يَجُزْ ايجاب الضمان معه لما فيه من الزيادة فى حكم المنصوص ولايجوز ذلك الا بمثل مايجوز النسخ به نظير ذلك قوله تعالى : " إِنَّمَا جَزَٰٓؤُا۟ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ"[4] فأخبر الله سبحانه وتعالى أن جميع الجزاء هو المذكور فى الآية وهذا ينفى أن يكون هناك جزاء غيره[5] •

---

(١) الأم (١٣٩/٦)،مغنى المحتاج (٧٧/٤)، المهذب (٣٦٣/٢)،روضة الطالبين (١٤٩/١٠،١٥٤)، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٧٠) •

(٢) المغنى (١٢٩/٩ - ١٣٠،١٥٤)،كشاف القناع (١٤٨/٦،١٥٢)،شرح منتهى الارادات (٣٧٤/٣)، المبدع (١٤٣/٩ - ١٤٤)، الانصاف (٢٨٩/١٠،٢٩٩)، المحرر (١٦٠/٢)، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٨ - ٥٩) •

(٣) المائدة : ٣٨

(٤) المائدة : ٣٣

(٥) أحكام القرآن للجصاص (٨٣/٤) وراجع الأدلة بشكل أوسع فى : المبسوط (١٥٦/٩) ومابعدها،بدائع الصنائع (٤٢٦٨/٩)،تبيين الحقائق (٢٣١/٣) ومابعدها •

وقد ناقش ابن القيم هذا الاستدلال فقال[1] : "وأما قولكم إنَّ قطع اليد مجموع الجزاء . ان أردتم أنه مجموع العقوبة فصحيح فانه لم يبق عليه عقوبة ثانية . ولكن الضمان ليس بعقوبة للسرقة ولهذا يجب في حق غير الجانى كمن أتلف مال غيره خطأ أو مكرها أو فى حال نومه أو أتلفه اتلافا مأذونا له فيه كالمضطر الى أكله أو المضطر الى القائه فى البحر لانجاء السفينة ونحو ذلك فليس الضمان من العقوبة فى شىء .

وأما قولكم : ان الله لم يذكر فى القرآن تضمين السارق والمحارب فهو لم ينفه أيضا وانما سكت عنه فحكمه مأخوذ من قواعد الشرع ونصوصه كقوله : " فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ "[2] وهذا قد اعتدى بالاتلاف فَيُعْتَدَىٰ عليه بالتضمين . ولهذا أوجبنا رد العين اذا كانت قائمة ولم يُذْكَرْ فى القرآن . وليس هذا من باب الزيادة على النص بل من باب اعمال النصوص كلها لايعطل بعضها ويُعْمَل ببعضها . وكذلك الجواب عن قوله تعالى فى المحاربين : " إِنَّمَا جَزَاءُ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُ "[3] أى عقوبتهم" .

وقال الكيا الهَرَّاسي عند هذه الآية[4] : "واعلم أن الذى يجب على السارق من القطع يجب جزاء على الفعل وزجرا . فالشرع اعتنى ببيانه وايضاح حكمه . ولم يتعرض للضمان الذى لايرجع الى الفعل ولايتعلق به وانما هو بدل عن المحل . كما أوجب على الزانى الجلد ولم يتعرض للمهر وأوجب على قاطع الطريق القتل ولم يتعرض للدية من بعد التوبة فى قوله تعالى : " الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم" لأن ذلك حوالة على بيان آخر"[5] .

---

(١) انظر مدارج السالكين (٣٦٦/١ – ٣٦٧) .
(٢) البقرة : ١٩٤
(٣) المائدة : ٣٣
(٤) أحكام القرآن (١٥١/٣) .
(٥) المائدة : ٣٤

(٢) مارواه النسائى عن عبدالرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لايُغَرَّمُ صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد" (١) . قالوا والغرم فى اللغة مايلزم أداؤه وهذا نص فى الباب .

وقد نوقش بأن هذا الحديث ضعيف لايثبت قال ابن القيم : " وأما حديث عبد الرحمن بن عوف فمنقطع لايثبت يرويه سعد بن ابراهيم عن منصور وقد طعن فى الحديث ابن المنذر فقال : سعد بن ابراهيم مجهول وقال ابن عبد البر ليس بالقوى " (٢) .

واذا كان هذا الحديث ضعيفا فانه لايوجب حكما يقول القرطبى (٣) : "وقال الطبرى القياس أن عليه غرم ما استهلكه ولكن تركنا ذلك اتباعا للأثر . قال أبو عمر : ترك القياس لضعيف الأثر غيرجائز لأن الضعيف لايوجب حكما" .

(٣) أن من أصلنا أن الضمان سبب لايجاب الملك فلو ضمناه لملكه بالأخذ الموجب للضمان فيكون حينئذ مقطوعا فى ملك نفسه وذلك ممتنع فلما لم يكن لنا سبيل الى رفع القطع وكان فى ايجاب الضمان اسقاط القطع امتنع وجوب الضمان (٤) .

وقد ناقش ابن القيم رحمه الله هذا الدليل بقوله : " وأما قولكم : لو ثبت فى ذمته بعد القطع لكان قد ملكها" فضعيف جدا لأنها بالاتلاف

---

(١) سنن النسائى (٨/٩٣) كتاب قطع السارق باب تعليق يد السارق فى عنقه . وقال النسائى بعده وهذا مرسل وليس بثابت .ورواه الدارقطنى فى السنن (٣/١٨٢ - ١٨٣) وقال المسور لم يدرك عبد الرحمن بن عوف وان صح اسناده كان مرسلا " . وقال ابن حجر فى الدراية (٢/١١٣): "وكذا قال البزار والطبرانى فى الأوسط وكذا نقل ابن أبى حاتم فى العلل وقال منكر وقرر عليه البيهقى فى المعرفة" . وراجع ماقيل حول هذا الحديث سنن الدارقطنى والتعليق المغنى عليها (٣/١٨٢ - ١٨٣) وحاشية السندى على سنن النسائى (٨/٩٣)، المغنى (٩/١٢٩)، المبدع (٩/١٤٤)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٦/١٦٥) . وقال ابن العربى فى أحكام القرآن (٢/٦١٢) : " وهذا حديث باطل".

(٢) مدارج السالكين (١:٣٦٧).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٦/١٦٦).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٤/٨٣) .

قد استقرت فى ذمته ولهذا له المطالبة ببدلها اتفاقا وهذا الاستقرار فى ذمته لايمنع القطع فانه يقطع بعد اتلافها واستقرارها فى ذمته فكيف يزيل القطع ماثبت فى ذمته ويكون مبرئا له منه"[1] .

وقد استدل الحنفية أيضا بالقياس على مسائل يخالفهم فيها الجمهور فلايكون فيها حجة فأغنى عن ذكرها[2] .

يقول ابن قدامة[3] : " وماذكروه فهو بناء على أصولهم ولانسلمهالهم".

ثانيا : أدلة المالكية :

استدل المالكية على قولهم بسقوط الضمان عن المعسر دون الموسر لأنه فى حال الايسار يكون الضمان فى ماله والقطع فى بدنه والتضمين والقطع عقوبتان وقعتا فى محلين مختلفين ، البدن والمال ،فجاز ذلك بخلاف حال الاعسار فان الغرم سيكون فى ذمته والغرم عقوبة والقطع عقوبة ولاتجتمع عقوبتان فى محل واحد ،قَطْعُهُ واشغالُ ذمته،وقد أوجز ذلك الباجى فقال : " ومعنى ذلك عندى أن احدى المطالبتين متعلقة به والثانية منفصلة عنه متعلقة بماله فلذلك اجتمعا"[4] .

لكن لايسلم لهم أن الضمان عقوبة كما لم يسلم للحنفية لأن الضمان يجب فى حق غير الجانى كمن أتلف مال غيره خطأ ونحو ذلك مما سبق فى جواب ابن القيم رحمه الله على قول الحنفية .

وقد ضَعَّفَ استدلالهم هذا أبو بكر بن العربى[5] من علمائهم وقال انهم ليس لهم متعلق قوى وبَيَّنَ أن هذا القول مخالف لأصول المالكية لأن من أصولهم أن الرجل اذا زنى وجب عليه الحد والمهر . واذا قتل صيدا مملوكا وهو لايحل لهوجب عليه الجزاء مع القيمة فيلزم اذاً أن يقولوا

---

(١) مدارج السالكين (٣٦٧/١) .
(٢) راجع فى ذلك أحكام القرآن للجصاص (٨٣/٤) .
(٣) المغنى (١٣٠/٩) .
(٤) المنتقى (١٨٣/٧) .
(٥) أحكام القرآن (٦١٢/٢) .

فى السرقة مثل ماقالوا فى هاتين المسألتين حتى يكون الحكم مُطّرِداً عند اتحاد المناط .

يقول ابن العربى : " والجزاء فى الصيد المملوك ينقض هذا الأصل لأنه يُجْمَعُ مع القيمة . وكذلك الحد والمهر الا أن يطرد أصلنا فنقول اذا وجب الحد وكان معسرا لم يجب المهر . وان الجزاء اذا وجب عليه وهو معسر سقطت القيمة عنه فحينئذ تَطّرِدُ المسألة ويصح المذهب " (١) .

ثالثا : أدلة الشافعية والحنابلة :

استدل الشافعية والحنابلة على أن القطع لايُسْقِطُ الضمان المالى بما يأتى (٢) :

(١) أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها اذا كانت تالفة كما لو لم يقطع .

(٢) أنها عين تعلق بها حقان حق لله وحق لمالكها وهما حقان متغايران لمستحقين متباينين فلا يبطل أحدهما الآخر بل يستوفيان معا لأن القطع حق الله والضمان حق للمالك .

ومما يبين أنهما حقان متغايران أن القطع لايَسْقُطُ بالاسقاط بعد الرفع للامام ، أما الضمان فانه يَسْقُطُ بالاسقاط ولو بعد الرفع للامام .

ونظير اجتماع الحد والضمان اجتماع الجزاء والقيمة فى الصيد الحرمي المملوك . والحد والمهر على من زنى بأمة أو حرة مُكْرِهاً لها قال ابن القيم (٣) : "بل لو زنى بأمة ثم قتلها لزمه حد الزنى وقيمتها لمالكها وهو نظير ما اذا سرقها ثم قتلها قطعت يده لسرقتها وضمنها لمالكها" .

وبذلك يتبين رجحان ماذهب اليه أصحاب هذا القول على ماذهب اليه الحنفية والمالكية وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامتها من الايراد عليها مع ضعف أدلة المعارض والله أعلم .

---

(١) أحكام القرآن (٦١٣/٢) .

(٢) راجع فى الأدلة المغنى (١٣٠/٩) ، المهذب (٣٦٣/٢) ، الأم (١٣٩/٦) ، مدارج السالكين (٣٦٦/١) .

(٣) مدارج السالكين (٣٦٦/١) .

المبحث الثانى

تلف الأموال حال البغى والردة

لاخلاف بين الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] فى أن ماتلف من الأموال فى حال القتال بين أهل العدل والبغاة هدر لاضمان فيه فلا يضمن أهل العدل ماتلف لأهل البغى حال القتال وكذلك لايضمن أهل البغى ماتلف لأهل العدل حال القتال . وهذا كله اذا كان البغاة لهم شوكة ومنعة ولهم تأويل فىخروجهم على الامام .

أما فى غير حال القتال مثل أن يكون الاتلاف من احدى الطائفتين قبل التجمع والتجند أو بعد أن تضع الحرب أوزارها فهذا مضمون بالاتفاق الآن الماوردى من الشافعية قيده[5] بما اذا قصد أهل العدل بالاتلاف فى غير حال القتال اضعافهم وهزيمتهم .

ويروى عن محمد بن الحسن الشيبانى رحمه الله أن عدم تضمين البغاة ماأتلفوه لأهل العدل انما يجرى فى أحكام القضاء . أما ديانة فيفتى بضمانهم . جاء فى المبسوط : "وقد رُوِيَ[6] عن محمد قال أفتيهم اذا تابوا

---

(١) المبسوط (١٠/١٢٧ - ١٢٨)،تبيين الحقائق (٣/٢٩٦)،بدائع الصنائع (٩/٤٣٩٩ - ٤٤٠٠)،روضة القضاة المجلد الثانى (ص ١٢١٩)، الخراج لأبى يوسف (ص ٢١٥)، الهداية مع شرح فتح القدير (٦/١٠٦) .

(٢) المدونة (٢/٤٨)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤/٣٠٠)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (١٦/٣٢٠)، أحكام القرآن لابن العربى (٤/١٧٢٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٧/٤٠٥)،مغنى المحتاج (٤/١٢٥)،روضة الطالبين (١٠/٥٥ - ٥٦)، المهذب (٢/٢٨٢)، الأم (٤/١٣٧)، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦٦) .

(٤) المغنى (٨/٥٣١ - ٥٣٢)، الانصاف (١٠/٣١٦)،كشاف القناع (٦/١٦٤)،شرح منتهى الارادات (٣/٣٨٤)،غاية المنتهى (٣/٣٣٣)، المحرر (٢/١٦٦) ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٦) .

(٥) نهاية المحتاج (٧/٤٠٥) .

(٦) (١٠/١٢٨) .

بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم ذلك فى الحكم . وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطأهم فى التأويل الآن ولاية الالزام كان منقطعا للمنعة فلا يجبر على أداء الضمان فى الحكم ولكن يفتى به فيما بينه وبين ربه . ولايفتى أهل العدل بمثله لأنهم مُحِقُّونَ فى قتالهم ممتثلون للأمر" .

والسند الشرعى لما ذهب اليه الفقهاء فى هذه المسألة ماروى عن الزهرى أنه قال : " كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لايقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولايُقْتَلُ رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولايَغْرَمُ مالا أتلفه بتأويل القرآن "[1] .

واستدلوا على ذلك أيضا بالنظر فقالوا :

(١) أن تضمين البغاة ماأتلفوه من أموال أهل العدل يفضى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب[2] .

(٢) أن الأحكام لابد فيها من الالتزام ولاالتزام من البغاة لاعتقادهم الاباحة . ولاالتزام من الامام لعدم الولاية لوجود الشوكة والمنعة فى البغاة[3] .

هذا بالنسبة لحكم اتلاف البغاة لأموال أهل العدل واتلاف أهل العدل لأموال البغاة . أما بالنسبة للمرتدين فقد اختلف العلماء فى تضمينهم ماأتلفوه من أموال المسلمين على قولين :

---

(١) أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه (١٢٠/١٠ - ١٢١) كتاب العقول باب قتال الحروراء ، وأخرجه سعيد بن منصور فى سننه (٣٣٩/٢) . وضعفه الألبانى وقال : " والزهرى لم يدرك الفتنة المشار اليها وهى وقعة صفين" . انظر ارواء الغليل (١١٦/٨) .

(٢) المغنى (٥٣٢/٨) .

(٣) تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) .

القول الأول :

الحكم فى المرتدين كالحكم فى البغاة فلا يضمنون ما أتلفوا من أموال المسلمين حال القتال . وإلى ذلك ذهب الحنفية [(١)] . واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية [(٢)] وابن قدامة [(٣)] وحمل كلام الامام أحمد ليوافقه وقيده بكون المرتدين بدار الحرب أو فى جماعة مرتدة ممتنعة . فأما من لا منعة له فيضمن كالواحد من المسلمين .

وممن قال بأنهم كالبغاة أيضا بعض الشافعية فقد ذكر الرملى [(٤)] أنه قد أفتى به والده رحمه الله ونسبه الشيرازى [(٥)] الى أبى حامد الاسفراييني وغيره من البغداديين وصححه واستدل له .

القول الثانى :

أنَّ المرتد ضامن لما أتلفه لغيره من الأموال ولو فى دار الحرب وسواء كان المُتلِفُ واحدا مرتدا أو جماعة وسواء صار لهم منعة وشوكة أو لا كقطاع الطريق .

وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة [(٦)] . وهو قول لبعض الشافعية نسبه الشيرازى [(٧)] الى القاضى أبى حامد المروزى وغيره من البصريين ـ كما نسبه الشربينى [(٨)] الى الاسنوى واختاره وصححه .

---

(١) الهداية (١٠٦/٦)، تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) .
(٢) الاختيارات الفقهية (ص ٣٠٧) .
(٣) المغنى (٥٤٠/٨) .
(٤) نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) .
(٥) المهذب (٢٨٧/٢) وراجع فى ذلك الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١) ، روضة الطالبين (٥٧/١٠) .
(٦) كشاف القناع (١٨١/٦)، الانصاف (٣٤٢/١٠)، غاية المنتهى (٣٤٣/٣)، المحرر (١٦٨/٢)، المغنى (٥٣٩/٨)، الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٢ ـ ٥٣) .
(٧) المهذب (٢٨٧/٢) .
(٨) مغنى المحتاج (١٤٣،١٢٦/٤) وراجع فى ذلك نهاية المحتاج (٤٠٥/٧) ، الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١)، روضة الطالبين (٥٧/١٠) .

الأدلة والترجيح :

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل من قال بأن المرتدين يأخذون حكم البغاة فلا ضمان عليهم فيما أتلفوه من أموال المسلمين حال القتال بما يأتى :

(١) اذا سقط تضمين البغاة كيلا يؤدى الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلأن يسقط تضمين المرتدين أولى كيلا يؤدى الى التنفير عن الاسلام (١) .

وقد نوقش ذلك بأنه لايصح قياسهم على البغاة لأن البغاة لهم تأويل سائغ وهؤلاء ليس لهم تأويل (٢) .

(٢) انهم اذا امتنعوا صاروا كفارا ممتنعين بدارهم فأشبهوا أهل الحرب (٣) .

وقد نوقش هذا أيضا بأن المرتدين قد التزموا أحكام المسلمين أما أهل الحرب فانهم لم يلتزموا أحكام المسلمين ولأن بين دار الحرب ودار الردة فروقا لايصح معها القياس عليها (٤) .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل من قال بأن المرتدين يضمنون ما أتلفوا على المسلمين من أموال بما يأتى :

(١) ماروا ه طارق بن شهاب قال جاء وفد أهل الردة من أسد وغطفان يسألون أبابكر الصلح . فخيرهم اما حرب مُجْلِيَة . واما سلم مخزيه قالوا: أما حرب مجليه فقد عرفناها . فما سلم مخزيه ؟ قال تدون قتلانا ولانودى قتلاكم . وتشهدون على قتلاكم أنهم فى النار

---

(١) المغنى (٨/٥٤٠)،نهاية المحتاج (٧/٤٠٥) .
(٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٣) .
(٣) المغنى (٨/٥٤٠) .
(٤) راجع فى ذلك الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٣)، الماوردى (ص ٦٢).

وتردون الينا ماأخذتم منا ولانرد اليكم ماأخذنا منكم ... الحديث[1] .

وفى قول أبى بكر رضى الله عنه تردون الينا ماأخذتم منا دليل على لزوم الضمان لهم فيما أتلفوه .ولكن هذا محمول على مابقى فى أيديهم من المال لاماأتلفوه[2] .

(٢) أنهم قد التزموا أحكام المسلمين وليس لهم تأويل سائغ فكان عليهم الضمان[3] .

(٣) أن معصيتهم بالردة لاتُسْقِطُ عنهم غرم الأموال المضمونة[4] .

والراجح عندى والله أعلم ماذهب اليه أصحاب القول الأول وهو أنهم لايضمنون ماأتلفوه فى حال الحرب للمسلمين يدل على ذلك اتفاق أبى بكر وعمر رضى الله عنهما على عدم تضمينهم النفوس فالأموال أولى بعدمه فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى آخر الحديث الذى استدل به أصحاب القول الثانى قال : " أما ماقد قلت فكما قلت لكن قتلانا قتلوا فى الله أجورهم على الله لادية لهم" .

قال ابن حجر : "وساقه البرقانى فى مستخرجه بطوله وفيه أن عمر وافق أبا بكر على ذلك الاعلى قوله تدون قتلانا . ولاندى قتلاكم .واحتَجَّ بأن قتلانا قتلوا على أمر الله فلاديات لهم قال : فتبايع الناس على ذلك "[5] .

وأما قول أبى بكر "تردون الينا ماأخذتم منا" فهو كما قال أصحاب القول الأول لايدل على ضمان ماأتلفوه لأن المتبادر من قوله تردون هو رد المال الموجود الباقى فى أيديهم ولو أراد المال التالف لقال تغرمون أو تضمنون . على أنه قد يرد على قول أبى بكر "تَرُدُّونَ الينا ماأخذتم منا" يصح أن يكون المراد تضمنون ماأخذتم منا،لأنهم فى حال التلف ان عجزوا عن رد الصورة فانهم لايعجزون عن رد المعنى،وهو القيمة . ولكنه بعيد فى نظرى والله أعلم .

---

(١) رواه سعيد بن منصور فى سننه (٣٣٣/٢) . وروى البخارى طرفا منه (١٢٧/٨) كتاب الأحكام باب (٥١) .

(٢) المغنى (٥٤٠/٨) .

(٣) الأحكام السلطانية لأبى يعلى (ص ٥٢) .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردى (ص ٦١) .

(٥) التلخيص الحبير (٥٤/٤) .

المبحث الثالث

تلف الأموال فى الغصب

المطلب الأول : تلف المال فى يد الغاصب تلفا كليا

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن يد الغاصب على العين المغصوبة يد ضمان ،فالمال المغصوب يدخل فى ضمانه بمجرد استيلائه عليه،وهو مخاطب برده الى صاحبه فى كل لحظة لأن بقاءه فى يده بغير رضا صاحبه محرم شرعا . فاذا رد الغاصب المال المغصوب الى صاحبه الرد المبرىء شرعا فانه يبرأ من ضمانه وان عجز عن الرد فانه يتقرر عليه الضمان حينئذ .

ولاخلاف بين الفقهاء أن تلف المال المغصوب تلفا كليا عجز عن رد المال بعينه فيتقرر على الغاصب البدل وهو المثل ان كان المغصوب من ذوات الأمثال أو القيمة ان لم يكن كذلك .(1)

لكن الخلاف حصل فيما اذا تلف المال المغصوب تلفا معنويا وهو مايُعبّر عنه بعض الفقهاء بتلفه معنى لاصورة وصفة ذلك أن يُحْدِثَ الغاصب فى المال المغصوب صنعة أو عملا يتغير معه اسم المغصوب مثل طحن الحب أو زراعته أو غزل القطن أو نسجه أو ذبح الشاة وطبخها أو تقطيع الثوب وخياطته قميصا ونحو ذلك .

---

(1) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع (٤٤٢١/٩)،الهداية مع نتائج الأفكار (٣١٨/٩)،الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٥/٣) ،روضة الطالبين (١٨/٥)،مغنى المحتاج (٣٨٢/٢ - ٣٨٣)،المغنى (١٧٧/٥). مع ملاحظة أن المالكية قد استثنوا ما اذا غصب الذات لاستيفاء منافعها وهو مايسمى عندهم بغصب المنفعة وذلك مثل أن يقصد بغصب الدابة أن يركبها وبغصب الثوب أن يلبسه ثم بعد الركوب أو اللبس يرده الى صاحبه ففى مثل هذا الغصب اذا تلفت الذات المغصوبة بسماوى فليس عليه ضمانها وانما يضمن المنفعة فقط لأنها هى التى تعدى عليها وهذا مخصوص بحال التلف بالسماوى أما اذا أتلف الغاصب الذات فعليه ضمانها حتى لو كان لقصد استيفاء منافعها،راجع فى ذلك الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٥٢/٣،٤٥٥) .

فقد اختلف الفقهاء فى هذا هل يعتبر هذا العمل فى حكم التلف الكلى بحيث يتقرر على الغاصب رد بدله أولايعتبر فيلزمه الرد ويأخذ حكم مالو أصابه عيب اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] الى أن احداث صنعة فى المال المغصوب تغيّر اسمه الى اسم آخر ملحق باتلاف عينه فيبطل الرد ويصير ملكا للغاصب ويلزمه البدل .

والى ذلك أشار الكاسانى بقوله : " وأما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب فى يد الغاصب حتى لو هلك فى يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لاصورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لأن الهالك لايحتمل الرد . وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب، أو نواة فغرسها حتى صارت شجرة، أوبيضة فحضنها حتى صارت دجاجة ، أو قطنا فغزله، أو غزلا فنسجه، أوثوبا فقطعه وخاطه قميصا، أو لحما فشواه أو طبخه، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو حنطة فطحنها، أو دقيقا فخبزه، أو سمسما فعصره، أو عنبا فعصره، أو حديدا فضربه سيفا أو سكينا، أو صفرا أو نحاسا فعمله آنية ، أو ترابا له قيمة فلبّنه أو اتخذه خزفا، أو لَبِناً فطبخه آجرا، ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيئا من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة"[3].

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٢/٩)،تبيين الحقائق (٢٢٦/٥)،مجمع الأنهر (٤٥٩/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٩٠/٦ - ١٩١) ، المبسوط (٨٦/١١ - ٨٧) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٦/٣)، الكافى فى فقه أهل المدينة (١٧٢/٢ - ١٧٣)، المدونة (٣٦٥/٥،٣٦٢)، المنتقى (٢٧٧/٥) .

(٣) بدائع الصنائع (٤٤١٦/٩)،وراجع جامع الفصولين (١٣٤/٢) .

القول الثانى :

ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] والظاهرية[3] الى أن الغاصب لايملك المال المغصوب بشىء من هذه التصرفات ويلزمه رد العين المغصوبة الى المالك مع أرش النقص ان كان هناك نقص ولاشىء للغاصب فى زيادته .

جاء فى روضة الطالبين[4] : "مالاسراية له فعلى الغاصب أرشه ورد الباقى، ولافرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدى العبد أو دونها، ولابين أن تَفُوتَ معظم منافعه أو لاتَفُوْت، ولابين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة وطحن الحنطة وتمزيق الثوب أو لايبطل. فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله لم يكن له ذلك لأنه عين ملكه" .

وجاء فى موضع آخر منها : " فمن صوره طحن الحنطة وقِصَارَة الثوب وخياطته، وضرب الطين لَبِنًا، وذبح الشاة وشيها، ولايملك الغاصب المغصوب بشىء من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة"[5] .

وقال ابن قدامة[6] : "وان غصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديدا فعمله سكاكين وأوانى، أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتا، أو ثوبا فقطعه وخاطه. لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه ان نقص ولاشىء للغاصب فى زيادته فى الصحيح من المذهب " .

القول الثالث :

أن الغاصب لايملك المال المغصوب بشىء من هذه التصرفات ويكون الخيار بعدها للمالك بين أخذه وتضمين الغاصب النقص وبين تركه للغاصب ومطالبته بالبدل وهو قول فى مذهب الامام أحمد واختاره شيخ الاسلام ابن

---

(١) نهاية المحتاج (١٨٢/٥)، مغنى المحتاج (٢٩١/٢)، المهذب (٤٨٧/١) .
(٢) الانصاف (١٥٠/٦)، كشاف القناع (٩٦/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٦/٢) ، المبدع (١٦١/٥)، المحرر (٣٦١/١) .
(٣) المحلى (٥٧٧/٨) .
(٤) (٣٢/٥) .
(٥) المرجع نفسه (٤٦/٥) .
(٦) المغنى (١٩٦/٥) .

تيمية وقال : انه أعدل الأقوال وأقواها (١) .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

أولا : أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالأثر والنظر :

أما الأثر : فما رواه أبو داود (٢) عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة. الى أن قال : فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء وجئ بالطعام فَوَضَعَ يده ثم وَضَعَ القوم فأكلوا فنظر آباؤنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة فى فمه ثم قال : " أجد لحم شاة أُخِذَتْ بغير اذن أهلها فأرسلت المرأة قالت يارسول الله: انى أَرْسَلْتُ الى البقيع يُشْتَرَىْ لى شاة فلم أجد فأَرْسَلْتُ الى جار لى قد اشترى شاة أن أرسل اليّ بها بثمنها فلم يوجد فأَرْسَلْتُ الى امرأته فأَرْسَلَتْ اليّ بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعميه الأسارى " .

قال الزيلعى (٣) : "قال محمد بن الحسن : ولو كان هذا اللحم باقيا على ملك مالكه الأول لما أمر به النبى صلى الله عليه وسلم أن يُطْعَمَ للأسارى ولكن لما رآه خرج من ملك الأول وصار مضمونا على الذى أخذه أمر باطعامه لأن من ضمن شيئا فصار له من وَجْهِ غَصْبٍ فان الأولى أن يتصدق به ولا يأكله وكذلك ربحه " .

وقال : " والمصنف استدل بالحديث على أن الغاصب يملك العين المغصوبة اذا غيرها تغييرا يخرجها عن أصلها ووجه الحجة أن ملك صاحبها زال عنها بذلك ولولا ذلك لكان يأمر بردها" (٤) .

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٥٦٢/٢٠)، المبدع (١٦١/٥) .

(٢) سنن أبى داود (٦٢٧/٣ - ٦٢٨) كتاب البيوع باب (٣)، والدارقطنى (٢٨٥/٤ - ٢٨٦) باب الصيد والذبائح والأطعمة، والامام أحمد بغير هذا اللفظ من طريق حماد عن حميد عن أبى المتوكل عن جابر . انظر المسند (٣٥١/٣) .

(٣) نصب الراية (١٦٩/٤) .

(٤) المرجع نفسه . وراجع الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٤/٩) .

وقد ناقش ابن حزم الاستدلال بهذا الحديث بقوله : " وهذا الخبر لايصح ولو صح لكان أعظم حجة عليهم لأنه خلاف لقولهم اذ فيه أنه عليه السلام لم يبق ذلك اللحم فى ملك التى أخذتها بغير اذن ربها وهم يقولون انه للغاصب حلال . وهذا الخبر فيه : أنه لم يأخذ رأيها فى ذلك فصح أنه ليس لها فهو حجة عليهم"[1] .

لكن يؤخذ على ابن حزم أنه لم يذكر العلة فى عدم صحة هذا الحديث ولعله يريد أنه جاء من طريق عاصم بن كليب فقد قال على بن المدينى : لايحتج به اذا انفرد . أو ان الصحابى مجهول[2] ولكن هذا لايقدح فى الحديث فقد أخرجه أبو داود[3] وسكت عنه وتابعه المنذرى على ذلك فى المختصر[4] . وأما عاصم بن كليب فقد قال الشوكانى[5] : "قال الامام أحمد لابأس به وقال أبو حاتم الرازى صالح وقد أخرج له مسلم" وقال عن جهالة الصحابى : " وأما جهالة الرجل الصحابى فغير قادحة لما قررناه غير مرة من أن مجهول الصحابة مقبول لأن عموم الأدلة القاضية بأنهم خير الخليقة من جميع الوجوه أقل أحوالها أن تثبت لهم بها هذه المزية أعنى قبول مجاهيلهم لاندراجهم تحت عمومها ومن تولى الله ورسوله تعديله فالواجب حمله على العدالة حتى ينكشف خلافها ولا انكشاف فى المجهول" .

وقال الزيلعى[6] : "ورواه أحمد فى مسنده حدثنا معاوية بن عمر حدثنا أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار ...... وهذا سند الصحيح الا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له فى الصحيح وخَرَّجَ له البخارى فى جزئه فى رفع اليدين وقال فيه ابن سعد ثقة وذكره ابن حبان فى الثقات " .

---

(١) المحلى (٥٧٨/٨) .
(٢) نيل الأوطار (٨٢/٧) .
(٣) سنن أبى داود (٦٢٨/٣) .
(٤) مختصر وتهذيب سنن أبى داود (٨/٥) .
(٥) نيل الأوطار (٨٢/٧) .
(٦) نصب الراية (١٦٨/٤) .

وقد عارض ابن حجر رحمه الله هذا الحديث(1) بحديث رواه الدارقطني(2) عن عمرو بن يثربي : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بمنى فسمعته صلى الله عليه وسلم يقول : " لايحل لامرئ من مال أخيه شيء الا ماطابت به نفسه فقلت ان لَقِيْتُ غنم ابن عم لي فَأَخَذْتُ منها شاة فاجتززتها أعلى في ذلك شيء قال صلى الله عليه وسلم ان لقيتها تحمل شفرة وازنادا فلا تمسها" .

والذي أراه أن هذا لايعارض الحديث الذي استدل به أصحاب القول الأول لأن هذا الحديث وارد في حكم أخذ مال المسلم بغير اذنه ابتداء وهذا لاخلاف بين العلماء في حرمته بدليل هذا الحديث وغيره كثير.لكن الخلاف فيما اذا ارتكب المحرم وغصب مال المسلم فهنا يقول أصحاب القول الأول ان حديث عاصم بن كليب يدل على الحكم .

غير أن في دلالة حديث عاصم بن كليب على محل الخلاف نظر . حيث أن تصرف المرأة التي أطعمت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس من قبيل الغصب فهي لم تستولي على الشاة قهرا على أصحابها بل أخذتها باذن زوجة صاحب المال ورضاها وغاية مايمكن أن يقال في هذه المسألة ان هذا تجري عليه أحكام الفضولي لا الغاصب لأن هذه المرأة قد اشترت الشاة وأخبرت أنها ستدفع فيها قيمتها جاء في عون المعبود(3) : "فظهر أن الشراء غير صحيح لأن اذن زوجته ورضاها غير صحيح وهو يقارب بيع الفضولي المتوقف على اجازة صاحبه وعلى كل حال فالشبهة قوية والمباشرة غير مرضية" .

وأما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطعم الأسارى فقد جاء تعليل ذلك في عون المعبود فقال : " قال الطيبي:وهم كفار وذلك أنه لم يوجد صاحب الشاة ليستحلوا منه وكان الطعام في صدد الفساد ولم يكن

---

(1) الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٠١/٢) .
(2) سنن الدارقطني (٢٦/٣) كتاب البيوع قال الزيلعي واسناده جيد انظر نصب الراية (١٦٩/٤)،وقال ابن حجر أيضا اسناده جيد انظر الدراية (٢٠١/٢).
(3) (١٨١/٩) .

بُدٌ من اطعام هؤلاء فأمر باطعامهم"[1] .

وأما النظر :

(١) أن الغاصب أحدث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه ألاترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه . ولذا ترجح على الأصل الذى هو فائت من كل وجه فيسقط حق المالك فى استرداده ويتقرر البدل مراعاة لما أحدث الغاصب من صنع فانه وان ظلم لايظلم .

(٢) أن فعل الغاصب فى هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى أو معنى لاصورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة .

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدلوا بما يأتى :

(١) أن عين المال المغصوب قائمة فلزم ردها الى مالكها كما لو ذبح الشاة ولم يشوها .

(٢) أنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ملكه فاذا فعله بملك غيره لم يزل عنه بالأولى كما لو ذبح الشاة .

(٣) أن ذلك لايزيل الملك اذا وقع بفعل غير الآدمى فلم يزله اذا فعله الآدمى .

(٤) أن القول بذلك فيه فتح باب للظلمة الذى لايخافون الله ولايرعون حرمة أموال المسلمين[2] .

وبعد عرض أقوال الفقهاء يظهر لى والله أعلم رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثالث من أن الغاصب لايملك المغصوب بشىء من هذه التصرفات

---

(١) عون المعبود (١٨١/٩) .

(٢) المحلى (٥٧٧/٨) .

والخيار بعد ذلك للمالك ٠لأن فى جعل الخيار للمالك مراعاة لحقه من كل وجه فإن المال المغصوب قد يكون نادر الوجود أوله مكانة خاصة عند المالك فيفضل المالك استبقاءه لنفسه على الرغم مما أُحدِثَ فيه من تغيير فاذا جعلنا له حق استرداده نكون قد راعينا حقه فى ذلك ولم نضُرَّه ٠

وقد يكون ما أُحْدِثَ فى المال المغصوب قد فوت مقصود المالك منه بحيث لو استرده لم ينتفع به الانتفاع المقصود بالملك فاذا جعلنا له الخيار فى ابقائه عند الغاصب وتغريمه بدله نكون أيضا قد رفعنا عنه ضررا ألحقه به الغاصب أما الغاصب فليس له حق يستوجب المراعاة لأنه ظالم والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : " ليس لعرق ظالم حق "(١) ٠

---

(١) سبق تخريجه (ص ٥٠٠) ٠

المطلب الثانى : تلف المال فى يد الغاصب تلفا جزئيا

اذا طرأ على العين المغصوبة فى يد الغاصب نقص فقد اختلف قول الفقهاء فى مدى ضمانها وكيفيته على ثلاثة مذاهب :

أولا : المذهب الحنفى ٠

اشترط الحنفية لتضمين الغاصب نقص المغصوب: العجز عن الانتفاع به على طريق الدوام فلو زال العيب الحادث فى العين المغصوبة كالبياض فى العين أو الحُمّى أو العرج ونحو ذلك فلا ضمان على الغاصب وان كان المالك قد أخذ منه أرش النقصان بسبب هذا العيب لزمه أن يرده اليه لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع به على طريق الدوام (١) ٠

بناء على ذلك : اذا تحقق هذا الشرط فانه يلزم الغاصب الضمان بسبب النقص لأن هلاك كل المغصوب مضمون فهلاك بعضه مضمون أيضا بقدره لأن ضمان الغصب لجبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات ٠

الا أن فقهاء الحنفية قد فرقوا (٢) بين ما اذا كان المال المغصوب الذى حصل به نقص من الأموال الربوية أو من غيرها ٠

(١) فان كان من الأموال الربوية فحصل به نقص فى يد الغاصب فهذا لايخلو من احدى حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون نقصان وصف :

ففى هذه الحالة ليس للمغصوب منه أن يأخذ هذا المال ويُضمّنَ الغاصب قيمة النقصان لأنه يؤدى الى الربا وسواء كان هذا النقص بصنعة أو بغير صنعة ٠

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٣٢/٩) ٠

(٢) الهداية ونتائج الأفكار (٣٢٧/٩، ٣٤١)، تبيين الحقائق (٢٢٥/٥)، المبسوط (٨٦/١١، ٨٨)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٩٣/٦ - ١٩٤) ٠

لكن يكون المغصوب منه بالخيار بين أخذ المال ناقصا من غير أرش وبين أن يتركه للغاصب ويضمّنه مثل ما غصب .

يوضح ذلك : غصب حنطة فعفنتْ فى يده أو ابتلت أو صُبّ عليها الماء فانتقصت قيمتها . فصاحبها بالخيار بين أخذها بعينها معيبة ولاشىء له . وبين تركها للغاصب ومطالبته بالمثل لأنها مثلية يقول الكاسانى "وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا فى يده ،أو لبنًا أو حليبا فصار مخيضا، أو عنبا فصار زبيبا، أو رطبا فصار تمرا، أن المغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشىء بعينه ولاشىء له غيره لأن هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة ... وان شاء تركه على الغاصب وضمّنه مثل ما غصب " . وقال : " وكذلك هذا الحكم فى كل مكيل وموزون اذا نقص من وصفه لامن الكيل والوزن" (١) .

(الحالة الثانية) أن يكون نقصان قدر . وفى هذه الحالة للمغصوب منه أن يأخذ الباقى بعد التلف ويطالب الغاصب بمثل القدر الفائت (٢) .

(٢) ان لم يكن المغصوب من أموال الربا فان للمغصوب منه أن يضمّنه النقصان اذا فات جزء من العين المغصوبة أو فاتت صفة مرغوب فيها منها ،يقول الكاسانى : (٣) "وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب فى يد الغاصب بآفة سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حُمّى أو مرض آخر أنه يأخذه المَوْلَى ويضمّنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها" .

الا أن الحنفية قد جعلوا الخيار للمغصوب منه اذا كان النقصان فاحشا بين أن يأخذ العين المغصوبة ناقصة مع أرش النقص وبين أن يتركها للغاصب ويضمنه القيمة لأن النقص الفاحش يُفوّتْ بعض المنافع المطلوبة

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٤٣/٩) .

(٢) راجع فى ذلك نتائج الأفكار (٣٢٨/٩) .

(٣) بدائع الصنائع (٤٤٣٢/٩) .

وحدّ الفاحش ذكره المرغيناني بقوله : " والصحيح أن الفاحش مايفوّت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير مالايفوّت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع " (١) .

قال البابرتي : (٢) "واذا عُرِفَ هذا فمن خَرَقَ ثوب غيره خرقا يسيرا فمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه ،وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه " .

وقد نبّه الحنفية على طريقة معرفة النقصان وهى أن يقوّم المغصوب صحيحا ثم يقوّم وبه العيب فيجب قدر مابينهما ولايمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق (٣) .

ثانيا : المذهب المالكى .

يفرق المالكية بين من يستولى على العين لذاتها فهذا يطلقون عليه غاصبا . وبين من يستولى على العين لاستيفاء منافعها فقط وهذا لايسمونه غاصبا بل متعديا وان كانوا يعبرون عنه أحيانا بالغاصب كما فعل خليل فقال : " أو غصب منفعة" (٤) .

الا أن فى هذا التعبير تسامحا كما قال الدسوقى معلقا على قول خليل السابق : " تعبيره بغصب فيه مسامحة لأن هذا تعد" (٥) .

بناء على ذلك : فقد قال المالكية (٦) :

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٢/٩)،وراجع العناية شرح الهداية (٣٤٢/٩) .

(٢) العناية شرح الهداية (٣٤٢/٩)،وراجع المبسوط (٨٦/١١) .

(٣) بدائع الصنائع (٤٤٤٣/٩) .

(٤) المختصر مع الشرح الكبير (٤٥٢/٣) .

(٥) حاشية الدسوقى (٤٥٢/٣) .

(٦) الشرح الكبيروحاشية الدسوقى عليه (٤٥٣/٣ – ٤٥٤،٤٥٩ – ٤٦٠)، الفروق (٣٠/٤) ومابعدها،تهذيب الفروق (٦٢/٤)، البهجة شرح التحفة (٣٤٦/٢ ، ٣٥١،٣٥٣ – ٣٥٤)، المنتقى (٢٧٤/٥ – ٢٧٦)،شرح أبى الحسن على الرسالة وحاشية العدوى عليها (٢٦٠/٢ – ٢٦١)، الفواكه الدوانى (٢٤٤/٢)، المدونة (٣٤١/٥،٣٤٦،٣٥٤) .

(١) اذا استولى على العين لذاتها ثم نقصت فى يده :

(أ) فان كان بسبب سماوى فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ العين المغصوبة معيبة ولاشىء له فى مقابل النقص وبين أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها يوم الغصب وسواء فى ذلك كان العيب قليلا أو كثيرا .

قال الدسوقى : "قوله : " وان قَلّ" أى هذا اذا كان العيب كثيرا (١) كالعمى والعور بل وان قَلّ فلا فرق بين القليل والكثير كما حققه التلمسانى فى شرح تفريع ابن الجلاب خلافا لنقل المواق عن التفريع التفرقة بين القليل فلا يَضْمَنُه الغاصب والكثير فَيَضْمَنُه وكذا نسب اللخمى هذا التفصيل لتفريع ابن الجلاب ،قال التلمسانى ما أدرى من أين أخذ اللخمى هذا التفصيل من التفريع مع أن كلامه مطلق حيث قال : فان نقصت قيمته بعيب حدث به فربه بالخيار . نعم ذلك التفصيل موجود فى كتاب محمد" .

(ب) وان كان النقص حصل فى المغصوب بجناية :

فان كان بجناية الغاصب يخير المغصوب منه بين أخذ قيمته يوم الغصب وبين أخذ العين المغصوبة معيبة مع أرش النقص .

وان كان بجناية أجنبى يخير المغصوب منه أيضا بين أخذ قيمته من الغاصب فيتبع الغاصب الجانى بالأرش . وبين أخذ العين المغصوبة معيبة مع أرش النقص من الجانى لا الغاصب .

(٢) أما اذا استولى على العين لالقصد ذاتها بل لمنفعتها بأن يقصد استيفاء المنفعة دون تَمَلُّك الذات ثم نقصت فى يده :

(أ) فان كان النقص بسماوى فليس للمغصوب منه الا أن يأخذ العين معيبة دون أرش النقص لأن الغصب انما وقع على المنفعة دون الذات .

(ب) وان كان النقص حصل فى الذات بجناية فهنا يفرق المالكية بين العيب اليسير والكثير : قالوا : فان كان العيب كثيرا فللمالك المغصوب

---

(١) حاشية الدسوقى (٤٥٣/٣) .

منه أخذها مع أرش النقص أو تركها وأخذ قيمتها يوم التعدى عليها .

وان كان يسيرا فليس للمالك المغصوب منه الا أخذها مع أرش النقص فقط وليس له الترك وأخذ القيمة وهذا بخلاف غاصب الذات فان غاصب الذات وان كان النقص يسيرا فان لصاحب العين المغصوبة أخذ القيمة ان شاء كما أسلفنا .

وقد وضع المالكية ضابطا يعرف به العيب الكثير من القليل وهو: "كل مايفوت المقصود من الذات فهو عيب كثير ولو كان فى الظاهر يسيرا ومالايفوت المقصود فهو يسير" .

ومثال مايفوت المقصود وهو يسير فى الظاهر : ما اذا قطع ذنب دابة من شأنها أن تكون لذى الهيآت سواء كان صاحبها ذا هيئة أم لا . فَإِنَّ قَطْعَ ذنبها مفوت للمقصود وهو التجمل بها بخلاف قطع شعرات منها فانها لاتفوت المقصود عادة فيكون يسيرا .

ومما يفوت المقصود أيضا : أن يقطع لبن شاة أو بقرة هو المقصود الأعظم منها، أو يقع يَدَيْ العبد، أو يقلع عينيه . فهذا يعتبر عيبا كثيرا يثبت للمالك الخيار لأنه مفيت للمقصود أما ان كان لايقصد من الشاة أو البقرة اللبن مثلا وانما هو بعض منافعها وينتفع منها بما هو أعظم من ذلك فان هذا عيب يسير ليس للمالك الا أخذه وأرش النقص فقط .

ولما كان غاصب الذات يضمن السماوى وغاصب المنفعة لايضمن السماوى فانه اذا حصل تنازع بين الغاصب والمغصوب فى ذلك فادّعى الغاصب أنه قد استولى على الذات لاستيفاء منافعها وأن مقصوده المنافع فقط وليس له غرض فى تملك الذات من أجل أن يُسْقِطَ عنه ضمان السماوى والمغصوب منه يدعى أنه غاصب للذات لِيُضَمِّنَه السماوى فالقاعدة عند المالكية اذا لم تكن هناك قرينة ترجح صدق أحدهما فيؤخذ بقول المُدَّعَى عليه ،حيث " أن كل مالايعلم من الأمور القلبية الابقول مدعيه يصدق فيه" (1) .

---

(١) البهجة شرح التحفة (٣٤٤/٢) .

ثالثا : مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية[1] والحنابلة[2] والظاهرية[3] .

أن كل عين مغصوبة فضمان نقصها على الغاصب كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحو ذلك فانه يجب عليه ردها مع أرش نقصها لأن القصد من الضمان جبر حق المالك بايجاب قدر المفوت عليه على من فوته بغير حق وقدر النقص هو الجابر . ولأنه لوفات الجميع لوجبت قيمته كاملة فاذا فات منه شئ وجب قدره من القيمة وهذا عام في جميع الأعيان .

وسواء كان النقصان نقصان قدر أووصف وسواء كان يسيرا أو كثيرا كان مفوتا للمقصود من العين أو غير مفوت والضابط في ذلك كما ذكره ابن قدامة[4] : " أن العبرة في الاتلاف في المجني عليه لابغرض صاحبه لأن هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره " .

وقد استثنى الشافعية والحنابلة ما اذا نقصت العين المغصوبة نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وطلبها مالكها قبل بلوغها الى حالة يعلم فيها قدر أرش نقصها :

فقال الشافعية في أظهر الأقوال[5] : يجعل كالهالك ويغرم بدل كل المغصوب من مثل أو قيمة وقد رجح الرافعي هذا القول حكى ذلك النووي[6] .

---

(١) الأم (٢١٨/٣)،روضة الطالبين (٣٢/٥)، المنهاج وشرحه مغني المحتاج (٢٨٦/٢) ،ومابعدها ، المهذب (٤٨٤/١ - ٤٨٥) .

(٢) المغني (١٨٤/٥)،كشاف القناع (٩٩/٤) ومابعدها،شرح منتهى الارادات (٤٠٧/٢) ، المبدع (١٦٣/٥) .

(٣) المحلى (٥٧٧/٨) .

(٤) المغني (١٨٤/٥) .

(٥) المنهاج وشرحه مغني المحتاج (٢٨٨/٢)،نهاية المحتاج (١٧٥/٥) ، المهذب (٤٨٥/١)،من أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٥٠/٢) .

(٦) روضة الطالبين (٣٣/٥) .

وقال الحنابلة في أحد الوجوه [1] : يخير المالك بين أخذ مثلها من مال غاصب وبين تركه بيد الغاصب حتى يستقر فسادها فيأخذها ويأخذ أرش نقصها لأنه لايجب له المثل ابتداء لوجود عين ماله • ولا أرش العيب لأنه لايمكنه معرفته ولاضبطه حينئذ • وحيث كان كذلك صارت الخيرة الى المالك لأنه اذا رضي بالتأخير سقط حقه من التعجيل فيأخذ العين عند استقرار فسادها لأنها ملكه ويأخذ من الغاصب أرش نقصها لأنه حصل تحت يده العادية أشبه تلف جزء من المغصوب •

وهذا الوجه ذكر ابن قدامة [2] : أنه قول أبي الخطاب وقال لابأس به واختار الوجه القائل بأن له أرش النقص من غير تخيير •

الا أن الوجه الذي ذكرناه هو الذي اتفق على اخراجه والقول به صاحب الاقناع والمنتهى من متأخري الحنابلة فيكون هو المذهب عند المتأخرين •

وقد نبه الحنابلة على أن الضمان يجب على الغاصب بمجرد حصول النقص لكن لايتقرر عليه الا برده لصاحبه ناقصا بحيث لو زال العيب الذي أحدث نقصا قبل رده الى صاحبه فلا ضمان عليه •

قالوا : فان رد المغصوب ناقصا ثم زال العيب في يد المالك لم يلزم المالك رد ما أخذ من أرش لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وبناء عليه اذا أخذ المالك المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ الأرش لم يسقط ضمانه لذلك [3] •

---

(١) كشاف القناع (١٠١/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٩/٢)، الانصاف (١٥٨/٦) ، المبدع (١٦٧/٥) •

(٢) المغني (١٨٨/٥) •

(٣) الانصاف (١٥٦/٦)، كشاف القناع (١٠٠/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٨/٢) ، المغني (١٩٣/٥ - ١٩٤) •

المطلب الثالث : فى تلف المنافع فى يد الغاصب

اذا رد الغاصب العين المغصوبة الى المالك وكانت من ذوات المنافع المتقومة وكان الغاصب قد حال بينها وبين مالكها مدة يمكنه أن ينتفع بالعين المغصوبة فى هذه المدة فهل يلزم الغاصب ضمان المنفعة التى فاتت على المالك مدة غصبه للعين أو لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الحنفية[1] الى أن الغاصب لايضمن منافع العين المغصوبة سواء استوفاها الغاصب أو عَطّلها بناء على أن المنافع ليست بأموال مُتقوِّمة كما سبق بحثه .

القول الثانى :

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] الىأن على الغاصب ضمان منفعة العين المغصوبة سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان .

وقد اشترط الشافعية والحنابلة حتى تكون المنافع مضمونة أن تكون العين مما تؤجر عادة ولمثلها كراء فان كانت مما لم تجر العادة بإجارته لكونه مما لامنفعة فيه تؤجر عادة كغنم وشجر وطير فانه لايلزم

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٠٩/٩)، المبسوط (٧٨/١١)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٥٤/٩)، الدر المختار ورد المحتار عليه (٢٠٦/٦)،تبيين الحقائق (٢٣٣/٥ - ٢٣٤)،روضة القضاة المجلد الثانى (ص ١٢٦٢) .

(٢) الأم (٢٢٢/٣)،نهاية المحتاج (١٧٠/٥)،مغنى المحتاج (٢٨٦/٢)،روضة الطالبين (١٣/٥)، المهذب (٤٨٣/١)،تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٧).

(٣) كشاف القناع (١٢٢/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٢١/٢)، المحرر (٣٦٠/١) ، المبدع (١٨٥/٥)، التنقيح المشبع (ص ٢٣٢)، المغنى (١٨٣/٥) .

(٤) المحلى (٥٧٣/٨) .

الغاصب أجرة منافعه لأن منافعه غير متقومة ،جاء فى الاقناع وشرحه[1] :
"ومالاتصح اجارته أى لم تجر العادة باجارته كغنم وشجر وطير ونحوه مما لامنفعة له توجر عادة لم يلزمه أى الغاصب له أجره لأن منافعه غير متقومة ولايَرِدْ عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب لندرة ذلك " .

وجاء فى الأم[2] : "واذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها أو لم يستغلها ولمثلها غلة أو دارفسكنها أو أكراها أو لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها كراء أو شيئا ماكان مِمَّا لَهُ غلة استغله أو لم يستغله انتفع به أو لم ينتفع به فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى يرده " .

القول الثالث :

ذهب المالكية الى التفصيل فى ذلك .

ذكرنا أثناء عرضنا لقول المالكية فى ضمان الغاصب نقص المغصوب أن المالكية يفرقون بين غصب الذات وغصب المنفعة فى الأحكام وقد ساروا على ذلك أيضا فى أحكام تضمين الغاصب منفعة العين المغصوبة فقالوا :

(١) إنْ غَصَبَ الذات بقصد استيفاء منافعها فقط دون تملك الذات فانه يضمنها سواء استعملها واستوفى المنافع أو لم يستوف المنافع وعطلها جاء فى مختصر خليل وشرحه[3] : "وضَمِنَ المتعدى منفعة غيرهما أى منفعة غير البُضْع والحُرّ بالفوات وان لم يستعمل ويستغل كالدار يغلقها والدابة يحبسها والعبد ونحوه لايستعمله وهذا فى التعدى على المنفعة " .

قال الدسوقى : " وغاصب المنفعة لايضمن الذات اذا تلفت بسماوى

(١) كشاف القناع (١٢٣/٤) .
(٢) (٢٢٢/٣) .
(٣) الشرح الكبير (٤٥٥/٣)،وراجع البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢)،حاشية العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢٦١/٢ - ٢٦٣) .

ويضمن المنفعة التى قَصَدَ غَصْبَها بمجرد فواتها على ربها وان لم يستعمل الاغاصب الحُرّ والبُضع فانه انما يضمن فيهما بالاستيفاء"(١) .

(٢) إنْ غَصَبَ العين لذاتها بِقَصْدِ تملكها فانه فى هذه الحالة لايضمن المنافع الا اذا استعملها يقول الدردير(٢) : "واحترز بمستعمل عما اذا عطّل كدار غَلَقَها وأرض بَوّرها ودابة حبسها فلاشيء عليه ولايخالف فيما يأتى "ومنفعة الحر والبضع بالتفويت وغيرهما بالفوات" لأنه فى غصب المنفعة وماهنا فى غصب الذات فاذا غصب أرضا وبورها فان قصد غصب الذات فلا كراء عليه وان قصد غصب المنفعة لزمه كراء مثلها" .

بل ان مذهب المدونة(٣) التفريق فى غصب الذات بين العقار من دور ورباع وبين الحيوان فيضمن منافع العقار اذا استعمله بالسكن أو الزرع ونحو ذلك ولايضمن منافع الحيوان حتى لو استعمله والفرق بينهما أن كِرَاءَ استعمال الحيوان يسقط مقابل النفقة عليه اذ ليس للغاصب أن يأخذ من المالك نفقة الحيوان مدة بقائه عنده وهذا بخلاف الدور فان الغاصب لو أنفق فيها بعض المال مثل أن يحدث فيها شيئا فان له أن يأخذ ماأحدث اذا ردها الى مالكها فاذا أخذ ماأحدث لم يبق مقابل الاستعمال مايُسْقِطُ الكراء فلذلك لزمه . جاء فى المدونة(٤) : "قلت أرأيت الأرض والدور أليس قد قال مالك فى الأرض اذا اغتصبها رجل فزرعها أن عليه كراءها ويردها قال نعم . قلت والدور عند مالك بتلك المنزلة قال نعم اذا سكنها الذى اغتصبها فعليه كراء ماسكن . قلت : فالدابة اذا سرقها فركبها لِمَ قلت لاكراء عليه فيها فى قول مالك فما فرق مابين الدابة وبين الدور والأرضين؟. قال : كذلك سمعت من مالك . لأن الدابة لو أن رجلا سرقها فحبسها حينا فأنفق عليها وكبرت الدابة - والجارية

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٥) .
(٢) الشرح الكبير (٣/٤٤٨)،وراجع البهجة شرح التحفة (٢/٣٤٥)،حاشية العدوى على شرح أبى الحسن على الرسالة (٢/٢٦٣) .
(٣) المدونة (٥/٣٥٦) .
(٤) (٥/٣٥٩) .

والغلام بهذه المنزلة - فاستحقهم صاحبهم أنه يأخذهم بزيادتهم ولانفقة لمن أنفق عليهم فى طعامهم ولاكسوتهم ولاعلوفة الدواب • وأن الدور لو أحدث فيها عملا والأرضَ ثم جاء صاحبُها فاستحقها أخذ الغاصب ماكان له فيها " •

وقد ذكر الدردير أن بعض شراح مختصر خليل قد حملوا لفظ خليل ليتفق مع مذهب المدونة الآنف الذكر ورجحوا ذلك • لكنه لم يرتض هذا فقال : "وله غلة مغصوب مستعمل رُجِّحَ حمله على العقار من دور ورباع وأرض سكنها أو زرعها أو كَرَاهَا دون الحيوان المستعمل الذى نشأ عن استعمال غلة ككراء الدابة أو العبد أو استعمالهما لأنه مذهب المدونة فيضمن فى العقار اذا استعمل والا فلا ولايضمن فى الحيوان الامانشأ من غير استعمال كلبن وصوف والأرجح حمله على ظاهره من العموم وظاهر قوله وغلة مستعمل" (١) •

قال الدسوقى (٢) : "حاصل هذا الذى رجحه بعض الشراح أن المغصوب ان كان عقارا واستعمله الغاصب كانت غلته لربه فيلزمه أجرته ان سكن فيه أو أسكنه لغيره ويلزمه أن يرد ثمر النخل الذى أثمر عنده وان كان حيوانا فان كانت غلته ليست ناشئة عن تحريك الغاصب كاللبن والصوف فهى لربه وان كانت ناشئة عن تحريك كالركوب والخدمة فهى للغاصب فلا يلزمه أجرة الركوب ولا استعمال الدابة فى حرث أو درس ونحو ذلك " •

فالراجح اذاً عند المالكية عدم التفريق فى غصب الذات بين العقار كالدور والأرضين وبين الحيوانات خلافا لمذهب المدونة حيث فرق بينهما قال الدسوقى (٣) : "قوله والأرجح حمله على ظاهره من العموم • أى أن غلة المغصوب ذاته الذى استعمله الغاصب للمغصوب منه سواء كان المغصوب عقارا أو حيوانا كانت غلة الحيوان ناشئة عن تحريك الغاصب أولا • قال

---

(١) الشرح الكبير (٤٤٨/٣)، وراجع الشرح الصغير على أقرب المسالك (٢١٤/٢) •
(٢) حاشية الدسوقى (٤٤٨/٣) •
(٣) المرجع نفسه • وراجع حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٢١٤/٢) •

ابن عاشر وحَمَّلَ كلام المصنف على هذا هو الظاهر ... قال فى التوضيح وهذا ماصرح به المازرى وشَهَّرَه صاحب المعين وابن الحاجب وقال ابن عبد السلام هو الصحيح عند ابن العربى وغيره من المتأخرين وقال ابن عاشر هو المشهور" .

اذاً فمن غصب عينا سواء كانت عقارا أو حيوانا فاستعمله أو مَكَّنَ غيره من استعماله فعليه الكراء لربه مدة الاستعمال فان لم يقع ذلك منه فلاكراء عليه وهذا اذا قصد غصب الذات أما اذا قصد غصب المنفعة وحدها فيلزمه الكراء استعمل أو لم يستعمل .

الاأن المالكية قد نبهوا على أن من غصب عينا لايمكن استعمالها الا باصلاحها أو ترميمها كالدار الخربة والمركب الخرب فأصلحه واستعمله فان الأجرة تُقَوَّمُ بما يؤاجر به لمن يصلحه فيقال كم أجرته لمن يأخذه خربا ويصلحه ويستعمله لمدة عام؟فما قيل لزم الغاصب وهذا هو المعتمد (١) جاء فى مختصر خليل وشرحه (٢) : "كمركب بفتح الميم والكاف نخر بكسر الخاء المعجمة أى بال يحتاج لاصلاح،غَصَبَهُ أو اخْتَلَسَهُ فَرَمَّهُ وأصلحه واستعمله فينظر فيما كان يؤاجر به لمن يصلحه فيغرمه الغاصب والزائد للغاصب بأن يقال كم تساوى أجرته نَخِراً لمن يُعَمِّرُه ويستغله ؟ فما قيل لزم الغاصب " .

وهذا ينطبق على كل شئ لاينتفع به الا بعد اصلاحه أما مايمكن الانتفاع به فى حالته الراهنة فانه يُقَوَّمُ بما يؤاجر به فى ذاته وقد استدرك الدسوقى ذلك على الدردير فقال : " قوله بما يؤاجر به لمن يصلحه . هذا بالنظر للربع الخرب فهو كالمركب النَّخِر الآتية فى كونه يُقَوَّمُ بما يؤاجر به لمن يصلحه وأما الأرض البراح فانها تقوم بما تؤجر به فى ذاتها بقطع النظر عن كون الاجارة لمن يعمرها والفرق أن الأرض ينتفع بها براحا بدون بناء فيها وأما المركب والربع الخرب فانه انما ينتفع

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٩/٣).

(٢) الشرح الكبير (٤٤٩/٣)،وراجع حاشية الصاوى على الشرح الصغير(٢١٥/٢).

بهما بعد الاصلاح "[1] .

تحرير محل النزاع ومنشأ الخلاف :

بعد عرض أقوال الفقهاء تبين لنا أن مذهب المالكية قريب جدا من مذهب جمهور الفقهاء فهم يقولون بأن المنافع مضمونة الا فى حالة واحدة وهى ما اذا غصب الذات بقصد تملك الرقبة ولم يستعملها ففى هذه الحالة لايضمن المنافع الفائتة على المالك . أما اذا قصد الغاصب تملك الرقبة واستعملها فانه يضمن أو قصد بتعديه على الذات استيفاء منافعها فانه يضمن أيضا سواء استوفاها أو عطّلها .

ومنشأ الخلاف بين المالكية وجمهور الفقهاء هو أن المالكية يفرقون بين غصب الذات وغصب المنفعة والجمهور لايفرقون ذكره الشاطبى[2] بقوله :"ومنها القاعدة المتقررة وهى أن الأعيان لايملكها فى الحقيقة الا باريها تعالى وانما للعبد منها المنافع ،واذا كان كذلك فهل القصد الى ملك الرقاب منصرف الى المنافع أم لا ؟

فان قلنا هو منصرف اليها إذ أعيان الرقاب لامنفعة فيها من حيث هى أعيان بل من حيث اشتمالها على المنافع المقصودة فهذا مقتضى قول من لم يفرق بين الغصب والتعدى فى ضمان المنافع وان قلنا ليس بمتصرف فهو مقتضى التفرقة " .

أما الحالة التى خالف المالكية فيها جمهور الفقهاء فقد أنكرها الامام الشافعى رحمه الله وقال : " فأما أن يزعم زاعم أنه ان أخذ غلة أو سكنَ رَدّ الغَلّة وقيمة السكنى وان لم يأخذها فلا شئ عليه فهذا خارج من كل قول لاهو جعل ذلك له بالضمان ولاهو جعل ذلك للمالك اذا كان المال مغصوبا "[3] .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٤٤٩) .

(٢) الموافقات (٣/١٠٧) .

(٣) الأم (٣/٢٢٢) .

وانما الخلاف الحقيقى فانه قد وقع بين الحنفية من جهة وجمهور الفقهاء من جهة أخرى فالحنفية يقولون بعدم ضمان المنافع والجمهور يقولون بضمانها ٠

ومنشأ الخلاف بينهم هو اختلافهم فى مالية المنافع وهل هى أموال متقومة أم لا ؟ فالجمهور القائلون بأنها أموال قالوا بضمانها والحنفية الذاهبون الى أنها ليست بأموال قالوا بعدم الضمان ٠ وقد بحثنا هذا الأصل فيما سبق وذكرنا أدلة القولين مع المناقشة والترجيح فأغنى عن اعادتها ههنا ،والله أعلم ٠

المطلب الرابع : فى تلف زوائد المغصوب الحادثة

اختلف الفقهاء فى زوائد المغصوب اذا تلفت فى يد الغاصب هل يلزمه ضمانها أم لا على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية [(١)] الى أن زوائد المغصوب أمانة فى يد الغاصب لاتضمن الابتعديه عليها كذبح ولد الدابة وأكله أو بيعه أو الامتناع عن تسليمه لصاحبه بعد طلبه التسليم ونحو ذلك .

القول الثانى :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية [(٢)] والشافعية [(٣)] والحنابلة [(٤)] والظاهرية [(٥)] الى أن زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب فاذا تلفت فى يده فعليه ضمانها لربها.

الاأن الضمان عند المالكية ضمان تهمة لاضمان أصالة بمعنى أنه لو قامت بينة علىأن التلف بغير سببه فلا ضمان عليه . يقول التسولى : "فان تلف الصوف أو الثمرة ولم تقم على التلف بينة فيغْرم مكيلة الثمرة ووزن الصوف ان عُلِمَا أو قيمتهما ان جهلا مع رد عين المغصوب لربه وان قامت بينة على تلفهما بغير سببه فيرد المغصوب فقط ولاضمان عليه فيهما اتفاقا قاله ابن رشد " [(٦)] .

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٨/٩)،نتائج الأفكار (٣١٧/٩)،بدائع الصنائع (٤٤٠٤/٩)، المبسوط (٥٧،٥٤/١١) .

(٢) البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢)،بداية المجتهد (٢٩١/٢) .

(٣) روضة الطالبين (٢٧/٥)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٤٠/٢) ، المهذب (٤٨٦/١)،تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٣) .

(٤) كشاف القناع (١٠٢/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٠٩/٢ - ٤١٠)، المبدع (١٦٨/٥)، المغنى (١٩٤/٥)، المحرر (٣٦٠/١ - ٣٦١) .

(٥) المحلى (٥٧٢/٨) .

(٦) البهجة شرح التحفة (٣٤٥/٢) .

ومنشأ الخلاف فى هذه المسألة هو تحقق الغصب فى الزوائد الحادثة .

فالحنفية يقولون ان الزوائد الحادثة فى يد الغاصب لايَصْدُقُ عليها أنها مغصوبة لأن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك ويد المالك ماكانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها .

والجمهور يقولون ان الزوائد الحادثة فى يد الغاصب مغصوبة بغصب أصلها لأنه بامساك الأصل غصباً أثبت يده على زوائده فتكون مغصوبة تبعا فيضمنها.

وقول الجمهور هذا هو أرجح القولين فى نظرى والله أعلم لأن الغاصب حينما حال بين المالك وبين ملكه فقد ظلمه واعتدى عليه فاذا تلف بيده فانه يتحمل نتيجة ظلمه وعدوانه يقول ابن حزم : " فان قالوا ليس معتديا لأنه لم يباشر غصب الولد وانما هو بمنزلة ريح ألقت ثوبا فى منزل الانسان . قلنا : هذا باطل لأن الذى رمت الريحُ الثوبَ فى منزله ليس متملكا له ولو تملكه للزمه ضمانه وهذا المشترى أو الغاصب متملك لكل ماتولد من غلة أو زيادة أو نتاج أو ثمرة حائل بينه وبين صاحبه الذى افترض الله تعالى رده اليه وحرم عليه امساكه عنه فهو معتد بذلك يقينا فعليه أن يَعْتَدِي عليه بمثل ما اعتدى "(١) .

---

(١) المحلى (٥٧٢/٨) .

المطلب الخامس : تلف العقار بيد الغاصب

لاخلاف بين الفقهاء فى أن من أتلف عقارا لزمه ضمانه سواء كان المتلف هو الغاصب أو غيره لكن الخلاف حصل فيمن غصب عقارا فتلف بيده بآفة سماوية فهل يلزمه ضمانه أو لا ؟

الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف [(١)] الى أن من استولى على عقار غيره فتلف بيده من غير فعله فلا ضمان عليه .

وحجتهم فى ذلك أن العقار لايتصور فيه الغصب لأن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهو النقل والتحويل وهذا لايتصور فى العقار لأن يد المالك لاتزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لافى العقار فصار كما اذا أبعد المالك عن المواشى .

قال ابن عابدين [(٢)] : " المتون والفتوى على قول الامام من أن الغصب لايتحقق فى العقار" .

القول الثانى :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية [(٣)] والشافعية [(٤)] والحنابلة [(٥)] والظاهرية [(٦)]

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٣/٩ - ٣٢٥)، المبسوط (٧٣/١١ - ٧٦) ، مجمع الأنهر والدر المنتقى (٤٥٨/٢)، الدر المختار ورد المحتار عليه (١٧٩/٦، ١٨٦)، بدائع الصنائع (٤٤١٠/٩) .

(٢) رد المحتار (١٨٧/٦) .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٤٣/٣)، المنتقى (٢٧٣/٥)، الشرح الصغير (٢١٠/٢)، بداية المجتهد (٢٨٧/٢) .

(٤) روضة الطالبين (٨/٥)، مغنى المحتاج (٢٧٦/٢)، تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٤)، شرح النووى على صحيح مسلم (٤٩/١١) .

(٥) كشاف القناع (٨٣/٤ - ٨٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٠/٢)، الانصاف (١٢٣/٦)، المغنى (١٧٩/٥ - ١٨٠)، المحرر (٣٦٠/١) .

(٦) المحلى (٥٨١/٨) .

ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وهو قول أبي يوسف الأول[١] . الى أن من غصب عقارا فتلف بآفة سماوية لزمه ضمانه كما لو تلف بفعله وحجتهم في ذلك أن العقار يتصور فيه الغصب كغيره من الأموال واستدلوا على ذلك بما يأتي :

(١) مارواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري عن سعيد بن زيد رضى الله عنه : " من ظلم من الأرض شيئا طوقه من سبع أرضين "[٢] .

(٢) مارواه البخاري عن سالم عن أبيه رضى الله عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم : " من أخذ من الأرض شيئا بغير حقه خُسِفَ به يوم القيامة الى سبع أرضين "[٣] .

واذا كان منشأ الخلاف بين الفقهاء هو امكان تحقق الغصب في العقار أو لا . فالذي يبدو لي رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء من أن العقار يتصور فيه الغصب كالمنقول بناء عليه فاذا تلف بآفة سماوية لزم الغاصب ضمانه كما لو أتلفه ومما يدل على أن الغصب متصور في العقار اضافة لما استدل به الجمهور .

مارواه أبو داود[٤] عن الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن فقال الحضرمي : يارسول الله ان أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال هل لك بينة ؟ قال : لا ولكن أُحَلِّفُه والله يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايقتطع أحد مالا بيمين الالقى الله وهو أجذم فقال الكندي : هي أرضه " .

فهذا الحديث صريح في وقوع الغصب على الأرض .

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٢٣/٩)،روضة القضاة المجلد الثاني (ص ١٢٦٢) .

(٢) صحيح الامام البخاري (١٠٠/٣) كتاب المظالم باب (١٣) ،ومسلم (١٢٣١/٣) كتاب المساقاة باب (٣٠) .

(٣) البخاري (١٠٠/٣) كتاب المظالم باب (١٣) .

(٤) سنن أبي داود (٥٦٦/٣) كتاب الأيمان والنذور باب (٢) وسكت عنه .

وفى لفظ آخر لأبى داود (١) وغيره (٢) : "فقال الحضرمى : يارسول الله ان هذا غلبنى على أرض كانت لأبى فقال الكندى : هى أرض فى يدى أزرعها ليس له فيها حق ....الحديث " .

قال الخطابى (٣) : " وفى قول الكندى : " هى أرض وفى يدى أزرعها " دليل على أن اليد تثبت على الأرض بالزراعة وعلى الدار بالسكنى وبعقد الاجارة عليهما وبما أشبههما من وجوه التصرف والتدبير " .

---

(١) سنن أبى داود (٥٦٦/٣) كتاب الأيمان والنذور باب (٢) .

(٢) رواه الامام مسلم (١٢٣/١ - ١٢٤) كتاب الايمان باب (٦١) ، الترمذى (٦١٦/٣) كتاب الأحكام باب (١٢) .

(٣) معالم السنن (٥٦٧/٣) .

المطلب السادس : فى حكم رد العين المغصوبة اذا ترتب عليه تلف مال الغاصب

يحصل أن غاصب العين يُحدِثُ فيها شيئا كالأرض يزرعها أو يغرسها أو يبنى فيها وكالدار يُزَوِّقُها (١) وكالحجر والخشبة يدخلها فى البناء ونحو ذلك مما يترتب عليه خلاف بين الغاصب والمغصوب منه عند رد العين المغصوبة . ذلك أن رد الأرض المغروسة أو المزروعة أو المبنية الى مالكها يترتب عليه تلف غراس وزرع وبناء الغاصب .

ومثل ذلك يقال فى الدار التى خسر الغاصب على تزويقها وترميمها وتحسينها الكثير من المال وكذلك رد الخشبة المغصوبة التى أدخلها فى بنائه يترتب عليها هدم البناء .

ومثل ذلك يقال فيما لو غصب حيوانا فأدخله فى داره فكبر الحيوان فلم يمكن اخراجه من الباب الا مذبوحا أو بتوسعة باب الدار مما يترتب عليه اتلاف مال الغاصب .

هذا مانريد بحثه فى هذا المطلب وسنجعل ذلك ان شاء الله تعالى فى ثلاث مسائل :

---

(١) التزويق التزيين والتحسين مأخوذ من الزَّاوُوق لأنه يجعل مع الذهب فيطلى به فيدخل فى النار فيطير الزَّاوُوق ويبقى الذهب ثم قيل لكل مُنَقَّشٍ ومُزَيَّنٍ مُزَوَّق . انظر ترتيب القاموس المحيط (٢/٤٩٤) .

المسألة الأولى : حكم نقض الغاصب مايحدثه فى العين المغصوبة مما يراد للدوام .

مايراد للدوام والبقاء كالغرس والبناء لاخلاف بين الفقهاء فى أن لصاحب العين المغصوبة أن يطلب من الغاصب ردها فارغة كما أخذها وذلك بأن يقلع غرسه ويهدم بناءه ويصلح ماأفسده القلع والهدم فيُسَوِّي الأرض ويدفن الحفر ويُرَحِّل أنقاض البناء .

جاء فى الهداية (١) : "ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس ورُدَّها لقوله صلى الله عليه وسلم : "ليس لعرق ظالم

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٣٤٢/٩)،وراجع تبيين الحقائق (٢٢٩/٥) ، الدر المختار (١٩٢/٦) . وهذا القول عند الحنفية وهو أنه يؤمر بالتفريغ مطلقا هو الذى عليه الفتوى . راجع رد المحتار (١٩٢/٦) ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥١٢/٢) .
وهناك قولان آخران فى المذهب الحنفى وقد لَخَّصَهما الشيخ على حيدر بقوله : " الثانى : أن تهدم وتقلع اذا لم يكن الهدم والقلع مضرين بالأرض فان كانا مضرين فلصاحب الأرض أن يتملكهما أما اذا كانت قيمة الأبنية والأشجار أزيد من قيمة الأرض فيتبع سواء كان الانشاء والغرس بزعم سبب شرعى أو بلا زعم .
الثالث : أن يقلع الشجر ويهدم البناء اذا كان قلعهما وهدمهما غير مضر بالأرض فاذا كان قلعهما وهدمهما مُضِرَّيْن بالأرض فللمغصوب منه حق تملكها . وأن يتبع الأقل الأكثر فيما اذا حصل الانشاء أو الغرس بزعم سبب شرعى وهو القول الذى اختارته المجلة . انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (٥١٤/٢) .
والقول الثالث هذا هو الذى أخذت به مجلة الأحكام العدلية كما أشار الى ذلك الشيخ على حيدر وصاغته فى المادة (٦ ـ ٩) خلافا لما عليه الفتوى فى المذهب الحنفى فقد نصت هذه المادة على : " أنه اذا كان المغصوب أرضا وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا يؤمرالغاصب بقلعها وان كان القلع مضرا بالأرض فللمغصوب منه أن يعطى قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض . ولكن لو كانت قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض وكان قد أنشأ أو غرس بزَعْم سبب شرعى كان حينئذ لصاحب البناء والأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها مثلا لو أنشأ أحد على العَرَصَة الموروثة له من والده بناء بمصرف أزيد من قيمة العَرَصَة ثم ظهر مستحق فالبانى يعطى قيمة العَرَصَة ويضبطها" . أى يتملكها راجع شرح مجلة الأحكام (٥١٠/٢) .

حـق"[1] . ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تعر مستهلكة والغصب لايتحقق فيها ولابد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه " .

وقال الدردير[2] : " أنه يأمره بهدمه أو قلعه ان كان شجرا وبتسوية أرضـه " .

وقال الشافعي[3] : "ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شَقَّ فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذى اغتصبه اياها وكان على البانى والغارس أن يقلع بناءه وغرسه فاذا قلعه ضمن مانقص القلعُ الأرضَ حتى يرد اليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها قال وكذلك ذلك فى النهر وفى كل شئ أحدثه فيها لايكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم "ليس لعرق ظالم حق"[4] " .

وقال ابن قدامة[5] : " اذا غرس فى أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بناءه لزم الغاصب ذلك ولانعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " ليس لعرق ظالم حق "[6] ... واذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض الى ماكانت عليه لأنه ضرر حصل بفعله فى ملك غيره فلزمته ازالته " .

وقد استدل الفقهاء رحمهم الله على ماذهبوا اليه اضافة لما ذكر فى النصوص الآنفة الذكر بما يأتى :

---

(١) سبق تخريجه (ص٥٠٠) .
(٢) الشرح الكبير (٤٥٤/٣) .
(٣) الأم (٢٢٢/٣) وراجع روضة الطالبين (٤٦/٥)، نهاية المحتاج (١٨٣/٥) ، المهذب (٤٨٨/١) .
(٤) سبق تخريجه (ص٥٠٠) .
(٥) المغنى (١٨٠/٥) وراجع كشاف القناع (٨٨/٤ - ٨٩)، المحرر (٣٦١/١) ، شرح منتهى الارادات (٤٠٢/٢) .
(٦) سبق تخريجه (ص٥٠٠) .

(١) بما روى أبو داود [(١)] حدثنا هنّاد السّرى حدثنا عبيدة عن محمد يعني ابن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من أحيا أرضا ميتة فهي له" وذكر مثله • قال : فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يُخرِجَ نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عُمٌ [(٢)] حتى أخرجت منها" •

(٢) أن الغاصب قد شغل ملك غيره بملكه الذي لاحرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشا [(٣)] •

وخلاصة القول في ذلك أن الفقهاء متفقون على ضابط في هذه المسألة وهو :

(كل مايحدثه الغاصب في العين المغصوبة مما يراد للبقاء والدوام يلزمه قلعه اذا طلب مالك العين القلع) •

لكن الخلاف حصل بين الفقهاء فيما اذا طلب المالك ابقاء ما أحدثه الغاصب من غرس وبناء والغاصب ممتنع من ذلك فهل يجبر الغاصب على ابقائه أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

أن لصاحب العين أن يتملك ما أحدثه الغاصب في العين المغصوبة والخيار له في ذلك لأنه صاحب الأصل والغاصب صاحب الوصف وهذا هو

---

(١) سنن أبي داود (٣/٤٥٤ - ٤٥٥) كتاب الخراج والامارة والفيء باب (٣٧) قال أبو داود حدثنا وهب عن أبيه عن ابن اسحاق باسناده ومعناه الا أنه قال عند قوله مكان الذي حدثني هذا فقال رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وأكثَرُ ظني أنه أبو سعيد الخدري : فأنا رأيت الرجل يضرب في أصول النخل •وروى هذا الحديث أبو عبيد في الأموال (ص ٢٦٥) •

(٢) قال أبو عبيد الهروي في غريب الحديث (١/٢٩٦) : "وقوله نخل عُمٌ هي التامة في طولها والتفافها واحدتها عَمِيْمَةٌ ومنه قيل للمرأة عميمة اذا كانت كذلك في خلقها" •

(٣) المغني (٥/١٨٠) •

قول الحنفية والمالكية .

واشترط الحنفية (١) حتى يتملك المغصوب منه ما أحدثه الغاصب أن يكون النقص ينقص العين المغصوبة نقصا فاحشا أما اذا كان يسيرا فليس للمالك الا أن يأخذ العين مع أرش النقص .

بناء على ذلك فقد قال الحنفية والمالكية ان المالك يَضْمَنُ للغاصب قيمة ما أحدث من بناء أو غرس أو تزويق الا أنهم اختلفوا فى كيفية التقويم فالحنفية قالوا يُقَوَّمُ قائما جاء فى الهداية (٢) : "فان كانت تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يَضْمَنَ له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له ... وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأنه حقه فيه اذ لاقرار له فَتُقَوَّمُ الأرض بدون الشجر والبناء وتُقَوَّمُ وبها شجر أو بناء" .

قال فى العناية (٣) : "يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء" .

ومثل ذلك قالوا فى تزويق الدار ،يقول الكاسانى (٤) : " ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها أعطه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جصه لأن للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض فيُخَيَّرُ صاحبُ الدار لأنه صاحب أصل فان شاء أخذها وغَرِمَ للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ جِصَّه" .

أما المالكية فقالوا يُقَوَّمُ منقوضا بأن يقال كم يساوى نقض هذا البناء لو نقض ؟

وبناء على أن للغاصب قيمته منقوضا ذهب المالكية الى أن مالاقيمة

---

(١) الهداية مع نتائج الأفكار (٩/٣٤٣)،رد المحتار (٦/١٩٥) .
(٢) (٩/٣٤٣) .
(٣) (٩/٣٤٣) .
(٤) بدائع الصنائع (٩/٤٤٤٧) .

له اذا نقض فان المالك يتملكه على الغاصب مجانا جاء فى مختصر خليل وشرحه[(١)] : "وخُيِّرَ المالك فى بنائه أى بناء الغاصب عَرْصَتَهُ أو فى غرسه أو فى أخذه أى البناء وكذا الغرس ودفع قيمة نُقْضِهِ بضم النون بمعنى منقوضه أى قيمته منقوضا ان كان له قيمة بعد الهدم لامالاقيمة له كجص وجير وحمره " .

قال الدسوقى[(٢)] : "قوله : ان كان له قيمة بعد الهدم . أى كحجر وخشب ومسمار . قوله لا مالاقيمة له . أى فان المالك لايدفع لذلك قيمة بل اذا أراد أخذ أرضه أخذ ماذكر مجانا" .

وجاء فى مختصر خليل وشرحه أيضا[(٣)] : " كمركب نَخِرٌ بكسر الخاء المعجمة أي بَالٍ يحتاج لإصْلاحٍ غَصَبَهُ أو اخْتَلَسَهُ فَرَمَّهُ وأَصْلَحَهُ....واذا أخذ المالك المركب أخذ أي مَلَكَ مما أصلحت به مالاعين له قائمة يعنى مالاقيمة لعينه لو انفصل كالزِّفْتِ والمُشَاقِ والقَلْفَطَةِ .وأما ماله عين قائمة فان كان مُسَمَّراً بها أو هو نفس المسامير خُيِّرَ ربها بين أن يعطيه قيمته منقوضا وبين أن يأمره بقلعه".

وقد نبه المالكية[(٤)] على أنه اذا قدرت قيمة الأنقاض مقلوعة فانه يسقط منها أجرة كُلْفَةِ النقض اذا كان من شأن الغاصب أن لايتولى النقض بنفسه أو بخدمه أما اذا كان من شأنه أن يتولى ذلك فلا يسقط من القيمة شئ يوضح ذلك المثال الآتى :

بنى الغاصب فى أرض غيره واختار صاحب الأرض تملك البناء فنقول : كم يساوى نقض هذا البناء من حجر وخشب ونحو ذلك مما له قيمة اذا نقض ؟ فان قيل عشرة . قيل وما أجرة من يتولى الهدم والتسوية ؟ فان قيل أربعة غَرِمَ المالكُ للغاصب ستة . الا اذا كان من شأن الغاصب أن يتولى الهدم بنفسه أو خَدَمِهِ لو طلب منه النقض فان المالك يغرم له العشرة كاملة .

---

(١) الشرح الكبير (٣/٤٥٤) .

(٢) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٤) .

(٣) الشرح الكبير (٣/٤٤٩) .

(٤) الشرح الكبير (٣/٤٥٤)،جواهر الاكليل (٢/١٥١) .

القول الثانى :

أن الغاصب لايجبر على تمليك صاحب العين المغصوبة ما أحدث فيها من بناء أو غرس أو تزويق لأنها معاوضة فلم يجبر عليها .ولأنها عين مال الغاصب فلم يَمْلِكْ رب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا .

وهذا هو قول الشافعية والحنابلة . الاأن الشافعية قالوا في التزويق اذا كان تمويها بحيث لايحصل منه شئ بقلعه لايجوز للغاصب القلع ان رضى المالك بابقائه الاأنه مع ذلك لايملك صاحب العين اجباره على عدم القلع .

أما اذا كان يحصل منه شئ بالقلع سواء كان له قيمة أو لم يكن له قيمة فانه يجوز للغاصب القلع ولايجبر على ابقائه أما الحنابلة فقد فرقوا فى التزويق بين ماله قيمة بعد القلع ومالیس له قيمة. فقالوا ماله قيمة فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل .

وان لم يكن له قيمة ففيه وجهان :

(أحدهما) يملك القلع لأنه عين ماله .

(الثانى) لايملك لأنه سفه يضر ولاينفع .

وفيما يلى نعرض نصوص الشافعية والحنابلة لتوضيح ما أجملنا :

يقول الامام الشافعى (1) : "ولايكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب ولم يُمَلِّكْهُ اياه كان مايَقْلَعُ الغاصب منه ينفعه أو لاينفعه لأن له منع قليل ماله كَمَالَهُ مَنْعَ كثيره ،وكذلك لو كان حَفَرَ فيها بئرا كان له دفنها وان لم ينفعه الدفن وكذلك لو غصبه دارا فزوقها كان له قلع التزويق وان لم يكن ينفعه قلعه وكذلك لو كان نقل عنها ترابا كان له أن يرد مانقل عنها حتى يُوَفِّيَهُ اياها بالحال التى غصبه اياها عليها لايكون عليه أن يترك من ماله شيئا يَنْتَفِعُ به المغصوب كما لم يكن على المغصوب أن يبطل من ماله شيئا فى يد الغاصب فان تأول رجل قول النبى صلى الله عليه وسلم : "لاضرر ولاضرار" (2) فهذا كلام مجمل لايحتمل لرجل شيئا الا احتمل عليه

---

(1) الأم (٣/٢٢٢) .

(2) سبق تخريجه ص(١١٧)

خلافه ووجهه الذى يصح به : أن لاضرر فى أن يحمل على رجل فى ماله ماليس بواجب عليه ولاضرار فى أن يمنع رجل من ماله ضرارا ولكل ماله وعليه " .

وقال الرملى [(1)] : "ولو أراد المالك تملكه أو ابقائه بأجرة لم يلزم الغاصب اجابته " .

وقال أيضا : "ولو زوق الغاصب الدار المغصوبة بما لايحصل منه شئ بقلعه لم يجز له قلعه ان رضى المالك ببقائه وليس له اجباره عليه " [(2)] .

فالامام الشافعى ذكر أحد نوعى التزويق وهو مايحصل منه شئ بالقلع وان لم تكن له قيمة . والرملى ذكر النوع الآخر . وقد جاء ذكر النوعين فى الروضة فى قوله : " اذا زوق الأرض المغصوبة نظر ان كان بحيث لو نُزِعَ لحصل منه شئ ... ولو أراد الغاصب نزعه فله ذلك وسواء كان للمنزوع قيمة أم لا . فان نَزَعَ فنقصت عما كانت قبل التزويق لزمه الأرش . أما اذا كان التزويق تمويها لايحصل منه عين بالنزع فليس للغاصب النزع ان رضى المالك وهل للمالك اجباره عليه ؟ وجهان .... أصحهما : لا " [(3)] .

وجاء فى الاقناع وشرحه [(4)] : "ولو أراد مالك الأرض المغصوبة أخذ البناء والغراس من الغاصب مجانا أو أراد أخذهما بالقيمة وأبى مالكه أى الغراس أو البناء الاعطاء لم يكن له أى مالك ذلك لأنه عين مال الغاصب فلم يملك رب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو نحوه " .

وقال المرداوى [(5)] : " لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته وأبى مالكه الا القلع فله ذلك ولايجبر على أخذ القيمة وفى البناء تخريج اذا بذل صاحب الأرض ... القيمة : أنه يجبر على قبولها اذا لم يكن فى

---

(١) نهاية المحتاج (١٨٣/٥)،وراجع مغنى المحتاج (٢٩١/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (١٨٤/٥) .

(٣) روضة الطالبين (٤٧/٥) .

(٤) كشاف القناع (٩٠/٤ – ٩١)،وراجع شرح منتهى الارادات (٢/٢ ، ٤) ، المبدع (١٥٨/٥) .

(٥) الانصاف (١٣٦/٦)،وراجع المغنى (١٨١/٥) .

النقض غرض صحيح وهو للمصنف والمذهب الأول " .

وقال ابن قدامة : "وان غصب دارا فَجَصَّصَها وزَوَّقَها ... وان طلب الغاصب قلعه ومَنَعَهُ المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل المالك قيمته أو لم يبذل وان لم يكن له قيمة ففيه وجهان"(١) .

والقاعدة فى ذلك عند الحنابلة : " من اتصل ملكه بملك غيره متميزا عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفى ابقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك على القبول . وان كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرره بالفصل "(٢) .

ولما كان القول بعدم اجبار الغاصب على بيع ما أحدث للمالك ولو لم ينتفع منه بعد النقض عند الشافعية قد يُجَرِّئ الغاصب على عدم قبول التمليك مُضَارَّةً للمالك حيث إن النقض سيأخذ زمنا مما يعطل المالك من الانتفاع بأرضه أو داره فقد قال الامام الشافعى : " فان كان فى رد التراب ودفن البئر ما يُشْغِلُ الأرض عن ربها حتى يمنعه منفعة فى ذلك الوقت قيل للذى يريد رد التراب أنت بالخيار فى أن ترده ويكون عليك كراء الأرض بقدر المدة التى حبستها عن المنفعة أو تدعه "(٣) .

والذى يبدو لى والله أعلم ـ رجحان ماذهب اليه أصحاب القول الثانى من عدم اجبار الغاصب على تمليك المغصوب منه ما أحدث فى أرضه لورود الأدلة من الكتاب والسنة على حرمة مال المسلم وحرمة أخذه الا برضاه وطيب نفس منه . قال الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ "(٤) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لايحل مال امرئ مسلم

---

(١) المغنى (٥/١٨١) .
(٢) القواعد لابن رجب (ص ١٤٩) .
(٣) الأم (٣/٢٢٣) .
(٤) النساء : ٢٩

الابطيب نفس منه "[١] .

الا أن ماذهب اليه الشافعية من أن له القلع مطلقا سواء انتفع بما يقلعه أو لم ينتفع ليس بقوى فى نظرى لأن مالانفع فيه بعد القلع يعتبر قلعه اهدارا للمال وتفويتا للمصلحة دون أى فائدة تحصل له وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم "عن اضاعة المال"[٢] .

هذا فضلا عن كون هذا من باب المضارة التى نهى عنها الشارع وهى أن يُدْخَلَ على غيره ضررا بلا منفعة تعود عليه من جَرَّاءِ هذا العمل[٣] كما سبق الاشارة الى ذلك غير مرة . والله أعلم بالصواب .

---

(١) سبق تخريجه (ص٥٨٤) .

(٢) سبق تخريجه (ص٤٣٧) .

(٣) راجع فى ذلك جامع العلوم والحكم (١١/٣) .

المسألة الثانية : حكم زرع الغاصب فى الأرض المغصوبة .

ذكرنا فى المسألة الأولى أن الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن على الغاصب أن يَرُدَّ العين المغصوبة الى مالكها فارغة غير مشغولة اذا طلب منه صاحبها تفريغها وذلك اذا أحدث فيها مايراد للدوام كالبناء والغراس وفى هذه المسألة نذكر رأى الفقهاء فيما أحدثه الغاصب مما لايراد للدوام وانما يُحْتَاجُ لتمامه بقاؤه فى العين المغصوبة مدة من الزمن وذلك كالزرع الذى يراد لأخذ الحب من سنبله فهذا قد اختلف الفقهاء هل يلزم الغاصب الذى زرع الأرض المغصوبة أن يقلع الزرع ويرد الأرض لمالكها اذا طلب المالك ردها ومن المعلوم أن فى هذا اتلاف لماله خاصة اذا كان فى وقت لايصلح حتى ولاعلفا للدواب . أو أن للمالك أن يتملك هذا الزرع على الغاصب اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب الشافعية[1] الى أنه لافرق بين الزرع وغيره من بناء أو غرس فعلى الغاصب أن يرد ماغصبه فارغا غير مشغول متى طلب صاحبه منه ذلك وليس لصاحب الأرض أن يتملك عليه زرعه بغير رضاه سواء كان ينفعه اذا قلعه أم لا .

القول الثانى :

ذهب الحنابلة[2] والامام مالك فى رواية عنه واختارها غير واحد من أصحابه[3] أن لصاحب الأرض اذا أدرك أرضه مزروعة والزرع مازال قائما أن يأخذه بنفقته .

---

(١) روضة الطالبين (٤٦/٥)،شرح السنة للبغوى (٢٣١/٨)، الأم (٢٢٢/٣) .
(٢) كشاف القناع (٨٧/٤)،شرح منتهى الارادات (٤٠١/٢ - ٤٠٢)، الانصاف (١٣١/٦)، المحرر (٣٦١/١)، المغنى (١٨٨/٥ - ١٨٩) .
(٣) حاشية الدسوقى (٤٦٢/٣) .

قال الحنابلة ولصاحب الأرض أيضا أن يترك زرع الغاصب له الى الحصاد بأجرة المثل وأرش النقص ان نقصت به وليس له الا أن يختار بين هذين الأمرين . وليس له أن يأمر الغاصب بقلع زرعه خلافا للغرس والبناء لأن مدة الغرس طويلة ومدة الزرع قصيرة .

القول الثالث :

ذهب المالكية[1] الى التفصيل فى ذلك فقالوا :

(١) ان لم يفت وقت ماتراد له الأرض فلا يخلوا الزرع من أحد حالتين : اما أن يبلغ حد الانتفاع به ولو لرعى . أو لايبلغ .

(أ) فان لم يبلغ الزرع حَدَّ الانتفاع به سواء ظهر أو لم يظهر فان لصاحب الأرض أخذ أرضه وأخذ الزرع مجانا ولاشىء للغاصب مقابل البذر أو العمل وله أيضا أن يأمره بقلعه فالخيار للمستحق لاللغاصب الزارع . ولايجوز أن يتفقا على ابقاء الزرع فى الأرض ، بأجره لأن ذلك يؤدى الى بَيْع الزرع قبل بدو صلاحه لأن صاحب الأرض لما مَكَّنَه الشرع من أخذه بلا شىء فابقاؤه لزارعه بكراء يجعل ذلك الكراء عوضا عنه فى المعنى فهو بيع له قبل بدو صلاحه .

(ب) وان بلغ الزرع حَدَّ الانتفاع به ولو لرعى فلصاحب الأرض أن يأمر الغاصب بقلعه وتسوية الأرض وله أن يأخذه بقيمته مقلوعا . قال خليل : " على المختار"[2] . قال الدسوقى[3] : " أى على ما اختاره اللخمى قال ابن رشد هو ظاهر المدونة " .

واذا قُدِّرَتْ قيمته مقلوعا فقد ذهب المالكية الى أنه يُسْقَطُ منها كلفة قلعه لو قُلِعَ اذا كان الغاصب شأنه أن لايتولاه فيقال مثلا ماقيمته مقلوعا فاذا قيل عشرة قيل وما أجرة القلع لو استؤجر على قلعه فاذا قيل أربعة لزم المالك للغاصب ستة .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٦١/٣ - ٤٦٢)،جواهر الاكليل (١٥٤/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٤٦١/٣) .

(٣) حاشية الدسوقى (٤٦١/٣) .

أما اذا كان من عادة الغاصب أن يتولى القلع بنفسه أو بخدمه فلاتسقط أجرة ذلك من قيمته فيلزم المالك للغاصب جميع قيمته مقلوعا وهى العشرة .

(٢) فان فات وقت ما تُرَادُ له الأرض ففى هذه الحالة قال المالكية : يلزم الغاصب كراء السنة سواء بلغ الزرع حد الانتفاع به أم لا . واذا لزمه الكراء كان الزرع له وليس لمالك الأرض أن يأمره بقلعه اذا بلغ حد الانتفاع به ولاأخذه مجانا اذا لم يبلغ ذلك .

قال الدسوقى : "وقد اعتمد المصنف فى هذا على مانقله[1] فى التوضيح عن اللخمى ونصه : " فان كان قيامه بعد خروج وقت الابان فقال مالك الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض وليس لربها قلعه. اللخمى وهو المعروف من قوله " .

الأدلة والمناقشة والترجيح :

(أ) استدل أصحاب القول الأول بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : "ليس لعرق ظالم حق "[2] .

(ب) استدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

(١) بما روى الترمذى[3] وأبو داود[4] عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من زرع فى أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شئ وله نفقته " .

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٤٦٢) .

(٢) سبق تخريجه .(ص٥٠٠)

(٣) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذى (٣/٦٣٩) كتاب الأحكام باب (٢٩) . قال الترمذى هذا حديث حسن غريب لانعرفه من حديث أبى اسحاق الامن هذا الوجه من حديث شريك بن عبدالله والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم ... وسألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث وقال : "لاأعرفه من حديث أبى اسحاق الامن رواية شريك" .

(٤) ورواه أبو داود (٣/٦٩٢) كتاب البيوع والاجارات باب (٣٣)،وابن ماجه فى سننه (٢/٨٢٤) كتاب الرهون باب (١٣)،ورواه أبو عبيد فى الأموال (ص٢٦٥) . =

(٢) بما روى أبو داود [(١)] حدثنا محمد بن بشار حدثنا يحيى حدثنا أبو جعفر الخطمي قال بعثني عمي أنا وغلاما الى سعيد بن المسيب قال : فقلنا له شيء بلغنا عنك في المزارعة قال : كان ابن عمر لايرى بها بأسا حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فأتاه فأخبره رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بني حارثة فرأى زرعا في أرض ظُهَيْر فقال ما أحسن زرع ظُهَيْر ؟؟؟ قالوا : ليس لظهير قال : " أليس أرض ظهير" قالوا :بلى ، ولكنه زرع فلان ، قال فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة" ، قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا اليه النفقة" .

قال ابن القيم رحمه الله : " وقال فيه لأصحاب الأرض : " خذوا زرعكم " فجعله زرعا لهم لأنه تولد من منفعة أرضهم فتولده في الأرض كتولد الجنين في بطن أمه ،ولو غصب رجل فَحْلاً فأنزاه على ناقته أورمكته لكان الولد لصاحب الأنثى دون صاحب الفحل لأنه انما يكون حيوانا من حرثها ومَنِيّ الأب لما لم يكن له قيمة أهدره الشارع لأن عَسْبَ الفحل

= قال ابن حجر عند هذا الحديث : " رواه أحمد والأربعة الا النسائي وحسنه الترمذي ويقال ان البخاري ضعفه" انظر سبل السلام شرح بلوغ المرام (٧٠/٣) ، وقال الصنعاني في هذا الشرح : " هذا القول عن البخاري ذكره الخطابي وخالفه الترمذي فنقل عن البخاري تحسينه الاأنه قال أبو زرعة وغيره : لم يسمع عطاء بن أبي رباح من رافع بن خديج وقد اختلف فيه الحفاظ اختلافا كثيرا وله شواهد تقويه " .

وهذا الحديث صححه الألباني راجع في ذلك ارواء الغليل (٣٥١/٥) ، ومابعدها وراجع ماقيل حول هذا الحديث نيل الأوطار (٧٩/٧) .

(١) سنن أبي داود (٦٩٠/٣ - ٦٩١) كتاب البيوع والاجارات باب (٣٢) ،وسكت عنه وتابعه المنذري في المختصر (٦٣/٥) ، ورواه النسائي (٤٠/٧) ، كتاب المزارعة باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع قال السندي في حاشيته على النسائي (٤٠/٧) "ثم قيل ان حديث رافع بن خديج مضطرب متنا وسندا فيجب تركه " .

وقال الألباني في ارواء الغليل (٣٥٣/٥) : " فهذا الاسناد صحيح لاعلة فيه وهو شاهد قوي لحديث شريك" .

لايقابل بالعوض ،ولما كان البذر مالا متقوما رُدّ على صاحبه قيمته ولم يذهب عليه باطلا وجُعِلَ الزّرع لمن يكون فى أرضه كما يكون الولد لمن يكون فى بطن أمه ورَمَكَتِه ونَاقَتِه "(١) .

(٣) أنه أمكن رد المغصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينته فانه لايجبر على رد المغصوب فى اللّجّةِ ويُنْتَظَرُ حتى ترسى صيانة للمال عن التلف كذا هنا (٢) .

وقد رد أصحاب القول الأول على استدلال أصحاب القول الثانى بحديث رافع بن خديج بأن هذا حديث ضعيف لاتقوم به حجة فقال الخطابى (٣) : " هذا الحديث لايثبت عند أهل المعرفة بالحديث وحدثنى الحسن بن يحيى عن موسى ابن هارون الحمال : أنه كان ينكر هذا الحديث ويضعفه ويقول لم يروه عن أبى اسحاق غير شريك ولاعن عطاء غير أبى اسحاق . وعطاء لم يسمع من رافع بن خديج شيئا وضعفه البخارى أيضا وقال تفرد بذلك شريك عن أبى اسحاق وشريك يهم كثيرا أو أحيانا ،ويشبه أن يكون معناه لو صح وثبت على العقوبة والحرمان للغاصب " .

وقال البغوى (٤) : " وهذا حديث ضَعَّفَهُ بعض أهل الحديث وقال محمد بن اسماعيل لاأعرفه من حديث أبى اسحاق الا برواية شريك" .

وقد أجاب عن ذلك ابن القيم فقال : " وليس مع من ضَعَّفَ الحديث حجة فان رواته مُحتَجٌّ بهم فى الصحيح وهم أشهر من أن يسأل عن توثيقهم وقد حَسَّنَهُ امام المحدثين أبو عبدالله البخارى والترمذى بعده وذكره أبو داود ولم يُضَعِّفْهُ فهو حسن عنده واحتج به الامام أحمد وأبو عبيد وقد تقدم شاهده من حديث رافع بن خديج فى قصة الذى زرع فى أرض ظُهَيْر بن رافع " (٥) .

---

(١) تهذيب سنن أبى داود (٥/٦٤).
(٢) المغنى (٥/١٨٩).
(٣) معالم السنن (٣/٦٩٣) .
(٤) شرح السنة (٨/٢٣١) .
(٥) تهذيب سنن أبى داود (٥/٦٤) .

ولم يُسَلِّمْ أصحاب القول الثانى لأصحاب القول الأول أنه لافرق بين الغرس والزرع فقد قال أبو عبيد " وانما اختلف حكم الزرع والنخل فقضى بقلع النخل ولم يقض بقلع الزرع لأنه قد يوصل فى الزرع الى أن ترجع الأرض الى ربهامن غير فساد ولاضرر يتلف به الزرع وذلك أنه انما يكون فى الأرض سَنَتَهُ تلك وليس له أصل باق فى الأرض فاذا انقضت السَّنَة رجعت الأرض الى ربها وصار للآخر نفقته فكان هذا أدنى الى الرشاد من قطع الزرع بقلا والله لايحب الفساد . وليس النخل كذلك لأن أصله مُخَلَّدٌ فى الأرض لايوصل الى رد الأرض الى ربها بوجه من الوجوه - وان تطاول مكث النخل فيها - الا بنزعها فلما لم يكن هناك وقت ينتظر لم يكن لتأخير نزعها وجه فلذلك كان الحكم فى تعجيل قطعها عند الحكم فهذا الفرق بين الزرع والنخل والله أعلم بما أراد رسوله صلى الله عليه وسلم بذلك "(١) .

وقال ابن قدامة (٢) : " وفارق الشجر والنخل لأن مدته تتطاول ولايعلم متى ينقطع من الأرض فانتظاره يؤدى الى ترك رد الأصل بالكلية " .

وأما استدلال أصحاب القول الأول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "ليس لعرق ظالم حق " فيجاب عنه بأحد جوابين :

(١) أن هذا الحديث فى الغرس خاصة وحديثنا فى الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه وذلك أولى من ابطال أحدهما (٣) .

قال الشوكانى (٤) : "قال ابن رسلان : ان حديث " ليس لعرق ظالم حق ورد فى الغرس الذى له عرق مستطيل فى الأرض وحديث رافع ورد فى الزرع فيجمع بين الحديثن ويعمل بكل واحد منهما فى موضعه" .

---

(١) الأموال (ص ٢٦٦) .
(٢) المغنى (١٨٩/٥) .
(٣) المرجع نفسه .
(٤) نيل الأوطار (٨١/٧) .

(٢) أن حديث رافع بن خديج أخص من قوله صلى الله عليه وسلم : " ليس لعرق ظالم حق " مطلقا فيبنى العام على الخاص . وقد ذكر ذلك الشوكاني ورجحه معللا بقوله : " لأن بناء العام على الخاص أولى من المصير الى قصر العام على السَّبَب من غير ضرورة "(٢) .(١)

وفى نظرى أن ماقاله الشوكانى صحيح لأنه تشهد له القاعدة :"أن العبرة بعموم اللفظ لابخصوص السبب " .

فحديث : " ليس لعرق ظالم حق " وان كان واردا فى قضية النخل الا أنه أصبح قاعدة كلية يعم كل مايُغْصَبُ ويُحْدَثُ فيه شئ(٣) . يقول البغوى "قال الجُمَحِي : قال هشام : العرق الظالم : أن يجئ الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها أو يحدث فيها شيئا ليستوجب به الأرض . هذا الكلام أو نحوه " .

وأما أصحاب القول الثالث وهم المالكية فلم أقف لهم على دليل فيما اطلعت عليه من كتبهم وأما قولهم ان الزرع اذا لم يبلغ حد الانتفاع به سواء ظَهَرَ أو لم يَظْهَرْ فانه لصاحب الأرض أخذ أرضه وأخذ الزرع مجانا وعللوا ذلك بأن هذا بيع للزرع قبل بدو صلاحه . أقول هذا التعليل لايُسَلَّمْ لأن هذا ليس ببيع لأن الغاصب انما يأخذ قيمة البذرة وأجرة الحرث فقط وليس قيمة الزرع فصار الغاصب هنا بمنزلة من وَكَّلَهُ صاحب الأرض بشراء البذر وحرث الأرض والقاء البذور المشتراة فيها والله أعلم بالصواب .

بقى لدينا الخلاف بين الشافعية والحنابلة وقد عرضنا أدلتهم فيما ذهبوا اليه ومن هذا العرض والمناقشة تبين لى - والله أعلم - رجحان ماذهب اليه الحنابلة لأن ما استدلوا به من السنة صحيح صريح فى محل النزاع كما سبق الاشارة الى ذلك فلزم المصير اليه . ومن الغريب أن الشافعية لايقولون بذلك مع ورود السنة به ويقولون فى السفينة

---

(١) نيل الأوطار(٧/٨٠).
(٢) المرجع نفسه (٧/٨١) .
(٣) شرح السنة (٨/٢٣٠)،وراجع سبل السلام (٣/٧١) .

اذا كانت فى لجة البحر وكان فيها لوح مغصوب ونزعه يترتب عليه تلف مال الغاصب انتظر حتى ترسى على الشط ولاينزع وهى فى لجة البحر وعللوا ذلك بأن السفينة لاتدوم فى البحر فهذه العلة نفسها موجودة فى الزرع فهو لايدوم فى الأرض وله أمد ينتهى اليه وهذا نعهم فى المسألة جاء فى روضة الطالبين[1] : "وان خيف من النزع هلاك مال اما فى السفينة أو غيرها فهو اما للغاصب أو لمن وضع ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحا مغصوبا فان كان لهما ففى نزعه وجهان : أصحهما عند الامام النزع كما يهدم البناء لرد الخشب وأصحهما عند ابن الصباغ وغيره لاينزع لأن السفينة لاتدوم فى البحر فيسهل الصبر الى الشط" .

قال النووى[2] : " قلت : الأصح عند الأكثرين ماصححه ابن الصباغ والله أعلم " .

---

(١) (٥/٥٥) وراجع مغنى المحتاج (٢/٢٩٣) .

(٢) روضة الطالبين (٥/٥٥) .

المسألة الثالثة : حكم ادخال الغاصب العين المغصوبة في بنائه ونحو ذلك .

اذا غصب خشبة أو حجرا أو عمودا فأدخله في بنائه أو لوحا فَرَقَّعَ به سفينته أو خيطا فخاط به ثوبه أوحيوانا فأدخله في داره فكبر ولم يمكن اخراجه الابتوسعة الباب ،أو غصب لؤلؤة فابتلعتها دابته أو طيره وماشابه ذلك من الصُوَرِ .

فقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن على الغاصب رد العين المغصوبة الى صاحبها ولو ترتب على ذلك هدم بنائه أو فساد سفينته أو تقطيع ثوبه .

وقيد بعض فقهاء الحنفية ذلك بما اذا كانت قيمة العين المغصوبة أكثر من قيمة مايراد اتلافه من مال الغاصب لردها أما اذا كان مال الغاصب الذى أدخل فيه العين المغصوبة أكثر قيمة فان الغاصب يملك العين المغصوبة بالقيمة فالضَّابِطُ عندهم أنه يضمن صاحبُ الأكثرِ قيمة الأقل بناء على أن الأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف (١) .

الاأن المفتى به في المذهب الحنفي هو أنه يؤمر بالرَّدِّ سواء كانت القيمة أقل أم أكثر فقد نقل ابن عابدين ذلك فقال : " لكن في العمادية ونحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لمشايخنا فانهم كانوا لايتركونه أي من أن يؤمر بالقلع والرد الى المالك مطلقا . وفي الحامدية عن

---

(١) الدر المختار (١٩٢/٦)،تبيين الحقائق (٢٢٩/٥)، الدر المنتقى شرح الملتقى (٤٦٢/٢)،وقد ذكر الكاساني قولا آخر واقتصر عليه وهو أن الغاصب اذا أدخل الساجة مثلا في بنائه أنه يملكها بذلك ولايلزمه ردها وانما عليه قيمتها سواء كانت قيمتها أكثر أم قيمة البناء لأن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئا آخر غير الأول لاختلاف المنفعة فكان الادخال اهلاكا له معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصيرُ ملكا للغاصب ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لأنه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع راجع في ذلك بدائع الصنائع (٤٤١٧/٩)، الهداية مع نتائج الأفكار (٣٣٧/٩) .
والذى يعنينا في هذا المقام هو القول المفتى به وقد ذكرناه أعلاه .

الأنقروى : أنه لايفتى بقول الكرخى صرح به المولى أبو السعود المُفْتِي قال وبالأمر بالقلع أفتى شيخ الاسلام على أفندى مفتى الروم أخذا من فتاوى أبى السعود والقهستانى ونِعْمَ هذا الجواب فان فيه سَدَّ باب الظلم"(١) .

وفيما يلى نعرض نصوص الفقهاء من المذاهب الأربعة التى توضح الأصل المتفق عليه :

جاء فى تنوير الأبصار وشرحه(٢) : "والبناء على ساجة بالجيم خشبة عظيمة تنبت بالهند وقيمته أى البناء أكثر منها أى من قيمة الساجة يملكها البانى بالقيمة وكذا لو غصب أرضا فبنى عليها أو غرس أو ابتلعت دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه فى قدر أو أَوْدَعَ فصيلا فكبر فى بيت المُوْدَعِ ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار أو سقط ديناره فى مِحْبَرَة غيره ولم يمكن اخراجه الابكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل والأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف" .

قال ابن عابدين معقبا على ذلك(٣) : " وقد ظهر لك أن الشارح جرى هنا على قول الكرخى وكذا فيما سيأتى حيث قيد المتن : يؤمر بالقلع بما اذا كانت قيمة الأرض أكثر .... ولم يتعرض لكلام غير الكرخى وان كان المفتى به كما علمت فافهم" .

وجاء فى المدونة(٤) : " قلت : أرأيت ان اغتصب رجل من رجل خشبة فجعلها فى بنيانه قال : بلغنى أن مالكا قال : يأخذها ربها ويهدم بنيانه . قلت : والحجر اذا أدخله فى بنيانه قال هو بمنزلة الخشبة كذلك قال مالك يأخذه ربه" .

وجاء فى مختصر خليل وشرحه(٥) : "ومن غصب عمودا أو حجرا أو خشبا وبنى عليه بناءً فله أى للمغصوب منه هدم بناء عليه أى المغصوب ويُهْدَمُ البناء ولو عظم كالقصور" .

---

(١) ردالمحتار (١٩٢/٦)،وراجع الدر المنتقى (٤٦٢/٢) .

(٢) الدر المختار (١٩٢/٦) .

(٣) رد المحتار (١٩٢/٦) .

(٤) (٣٦٤/٥) .

(٥) جواهر الاكليل (١٥٠/٢)،وراجع المنتقى (٢٧٧/٥) .

وقد جعل المالكية أيضا للمالك الخيار فى أن يترك العين المغصوبة للغاصب ويأخذ منه قيمتها يوم الغصب ويجبر الغاصب على قبول ذلك اذا أبى دفع القيمة وقال أنا أهدم البناء وأرد عليه العين المغصوبة .

يقول الدردير : "وله ابقاؤه وأخذ قيمته يوم الغصب وأجرة الهدم على الغاصب " (١) .

قال الدسوقى مُعَقّباً على قول الدردير : " قوله وله ابقاؤه وأخذ قيمته . أى فالمغصوب منه مخير بين هدم ماعليه وأخذ شيئه وبين ابقائه للغاصب وأخذ قيمته ولا يلتفت لقول الغاصب حيث طلب المغصوب منه القيمة أنا أهدم بنائى ولا أغرم القيمة" (٢) .

ونبه المالكية على أن المغصوب منه اذا اختار القلع فتلفت العين أثناء قلعها أنّه ضمانها من الغاصب وهناك قول آخر أن ضمانها من المغصوب منه لأنه لما اختار أخذها فقد هلكت على ملكه . قال الدسوقى والظاهر الأول (٣) .

ومن الفروع على هذا الأصل عند المالكية ماذكره الدسوقى بقوله : "وكذا اذا غصب ثوبا وجعلها بطانة لجبة فَلِرَبِّهِ أخذه وابقاؤه وتضمينه القيمة" (٤) .

وقال الامام الشافعى (٥) : "ولو أنه عمل هذه الألواح أبوابا ولم يدخل فيها شيئا من عنده كان هكذا ولو أدخل فيها من عنده حديدا أو خشبا غيرها كان عليه أن يميز ماله من مال المغصوب ثم يدفع الى المغصوب ماله . ومانقص ماله اذا ميز منها خشبه وحديده الا أن يشاء أن يدع له ذلك متطوعا قال:وكذلك لو أدخل لوحا منها فى سفينته أو بنى على لوح منها جدارا كان عليه أن يؤخذ بقلع ذلك حتى يسلمه الى صاحبه ومانقصه قال وكذلك الخيط يخيط به الثوب " .

---

(١) الشرح الكبير (٣/٤٤٨) .

(٢) حاشية الدسوقى (٣/٤٤٨) .

(٣) المرجع نفسه .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) الأم (٣/٢٢٧)،وراجع نهاية المحتاج (٥/١٨٩) .

وجاء فى روضة الطالبين : [1] " حصل فصيل رجل فى بيت رجل ولم يمكن اخراجه الا بنقض البناء فان كان بتفريط صاحب البيت بأن غصبه وأدخله نُقِضَ ولم يغرم صاحب الفصيل شيئا .

وقع دينار فى محبرة ولايخرج الابكسرها فان وقع بفعل صاحب المحبرة عمدا أو سهوا كسرت ولاغرم على صاحب الدينار" .

وجاء فى الاقناع وشرحه : [2] "وان غصب انسان فصيلا أو مُهْرًا ونحوه فأدخله داره فكبر وتعذر خروجه بدون نقض الباب أو غصب خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا بحيث لاتخرج الخشبة الا بنقضه وجب نقضه أى الباب لضرورة وجوب الرد ورد الفصيل والخشبة لربهما ولاشىء على ربهما لأن المتعدى أولى بالضرر" .

وجاء فيه أيضا : " وان كان حصوله أى ماذكر من الفصيل أوالخشبة فى الدار بِعُدْوَانٍ من صاحبه كمن غصب دارا وأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرسا ونحوها بغير اذنه كُسِرَتْ الخشبة وذُبِحَ الحيوان المأكول وان زاد ضرره على نقض البناء لأن ربه هو الذى أدخل الضرر على نفسه بعدوانه " [3] .

وجاء فيه أيضا : " ومن وقع فى نحو محبرته دينار ونحوه كجوهرة لغيره بتفريط صاحبها أى المحبرة فلم يخرج الدينار منها كسرت مجانا أى ولاشىء على رب الدينار لرب المحبرة لأنه المفرط " [4] .

وقال ابن قدامة : " وان غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجرا بنى عليه ...وان كان باقيا لزمه رَدُّه وان انتقض البناء وتفصل الثوب " [5] .

وقال أيضا : " وان غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لايخرج منه الا بنقضه

---

(١) (٥/٥٧) .
(٢) كشاف القناع (٤/٩١) .
(٣) المرجع نفسه (٤/٩٢) .
(٤) المرجع نفسه (٤/٩٥).
(٥) المغنى (٥/٢١٠) .

وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة"[(١)] .

وقد استثنى الفقهاء من هذا الأصل ما اذا ترتب على رد العين المغصوبة تلف ذوات الأرواح المحترمة التى لايستفاد منها بعد اتلافها بالأكل ففى هذه الحالة ليس للمغصوب منه سوى قيمة العين المغصوبة مثال ذلك : غصب خيطا فخاط به جرح حيوان له محترم غير مأكول اللحم وخيف من قلع الخيط تلف الحيوان ففى هذه الحالة على الغاصب أن يضمن للمغصوب منه قيمة الخيط فقط ولايلزمه القلع لأن الحيوان آكد حرمة من بقية المال .

أما اذا كان الحيوان غير محترم كالكلب العقور والخنزير فانه يجرى على الأصل المتفق عليه فيلزم الغاصب رد العين المغصوبة ولو فات هذا الحيوان لأنه لايتضمن تفويت ذى حرمة أشبه مالو خاط به ثوبا .

وكذلك ان كان الحيوان محترما الا أنه مأكول اللحم فخاط الغاصب بالخيط جرحه أو ابتلع العين المغصوبة ونحو ذلك فهذا يجوز ذبحه لرد العين المغصوبة أيضا وذلك لأنه حينئذ يمكن الرد مع انتفاع الغاصب بعين ماله بعد التلف وذلك بالأكل وهذا هو المذهب عند الحنابلة[(٢)] وأحد الوجهين عند الشافعية[(٣)] .

وذهب الشافعية[(٤)] فى أظهر الوجهين الى أنه لايُذبَح الحيوان المأكول لرد العين المغصوبة كغير المأكول ويلزم الغاصب رد البدل وهو القيمة .

وقد ذكر الامام الشافعى رحمه الله الفرق بين الحيوان وغيره حيث استُثنِيَ من الأصل فقال : " إنَّ هدم الجدار وقلع اللوح من السفينة ونقض الخياطة ليس بمحرم على مالكها لأنه ليس فى شئ منها روح تتلف

---

(١) المغنى (٢١١/٥)، وراجع الانصاف (١٤٣/٦ - ١٤٤) .

(٢) الانصاف (١٤٠/٦)، كشاف القناع (٩٣/٤)، شرح منتهى الارادات (٤٠٤/٢) ، المغنى (٢١٠/٥) ومابعدها .

(٣) روضة الطالبين (٥٦/٥)، الأم (٢٢٨/٣) .

(٤) روضة الطالبين (٥٦/٥)، الأم (٢٢٧/٣ - ٢٢٨)، نهاية المحتاج (١٩٠/٥) ، مغنى المحتاج (٢٩٣/٢) .

ولاتتألم فلما كان مباحا لمالكها كان مباحا لرب الحق أن يأخذ حقه منهـا واستخراج الخيط من الجرح تلف للمجروح وألم عليه ومحرم عليه أن يتلـف نفسه وكذلك محرم على غيره أن يتلفه الا بما أذن الله تعالى به فيـه من الكفر والقتل وكذلك ذوات الأرواح ولايؤخذ الحق بمعصية الله تعالـى وانما يؤخذ بما لم يكن لله معصية"[1] .

---

(١) الأم (٢٢٧/٣ - ٢٢٨) .

المطلب السابع : في تلف المال في الأيدي المترتبة على يد الغاصب

الأصل المتفق عليه بين الفقهاء : أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان سواء علم بأن ماقبضه مغصوب أم لم يعلم . يقول الكاساني [١] : "حتى لو أخذ مالا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفي الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيئا أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين أنه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لأن العلم ليس بشرط لتحقق ثبوت الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله سبحانه وتعالى : "وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ" [٢] .

وجاء في روضة الطالبين [٣] : " لأنه أثبت يده على مال غيره بغير اذنه فالجهل ليس مسقطا للضمان" .

هذا في أصل وجوب الضمان أما استقراره فقد اتفق الفقهاء أيضا على أن من قبض مالا عالما بأنه مغصوب فانه في هذه الحال تجرى عليه أحكام الغاصب سواء كانت يده يد ضمان أو يد أمانة في الأصل وللمالك مطالبة من شاء منهما فان طالب الغاصب رجع بما ضمن على القابض وان طالب القابض استقر عليه الضمان ولم يرجع على الغاصب بشئ لدخوله على بصيرة . قال الدسوقي عند ذكر تلف المبيع عند المشتري من غاصبه : "لكن ان علم بغصب فحكمه في الضمان حكم الغاصب سواء تلف المبيع بسماوي أو أتلفه المشتري عمدا أو خطأ فيتبع المالك أيهما شاء بالقيمة" [٤].

وجاء في مختصر خليل وشرحه [٥] : "وان مات الغاصب أو وهب المغصوب لشخص فَقَبِلَهُ منه فلوارثه أي الغاصب وموهوبه أي الذي وهب الغاصب المغصوب له حكمهما في ضمان المغصوب وغلته كحكمه هو أي الغاصب فيه ان علما أي وارثه وموهوبه بغصبه لأن علمهما به صيرهما غاصبين متعديين

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٢٣/٩) .
(٢) الأحزاب : ٥
(٣) (٩/٥) .
(٤) حاشية الدسوقي (٤٥٦/٣) .
(٥) جواهر الاكليل (١٥٢/٢) .

فى استيلائهما على المغصوب " .

وجاء فى روضة الطالبين (١) : "ثم ان عَلِمَ بالغصب فهو غاصب من الغاصب فيطالب بكل مايطالب به الغاصب وان تلف المغصوب فى يده فقرار الضمان عليه فاذا غرم لايرجع على الأول واذا غرم الأول رجع عليه" .

وجاء فى كشاف القناع (٢) : "ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب الى غير المالك لها فالمنتقلة اليه بمنزلة الغاصب فى كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة لأنه ان كان عالما بالحال كان غاصبا ... فان ضَمَّنَ المالكُ الغاصبَ ذلك رجع الغاصبُ على الآخر وهو القابض منه بما ضَمِنَهُ للمالك لحصول التلف فى يده العادية حيث عَلِمَ بالغصب وان ضَمَّنَ المالك الآخر أى القابض من الغاصب العالم بالحال جميع ذلك لم يرجع القابض بما غرمه على أحد لاستقرار ذلك عليه لدخوله على بصيرة" .

وقال ابن قدامة (٣) : "وان أَوْدَعَ المغصوب أو وَكَّلَ رجلا فى بيعه ودفعه اليه فتلف فى يده فللمالك تضمين أيهما شاء ... وان علما أنها مغصوبة استقر الضمان لأن التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما فان غرما شيئا لم يرجعا به ، وان غرم الغاصب رجع عليهما لأن التلف حصل فى أيديهما" .

وقال أيضا : " وان أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فان غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وان غرم الغاصب رجع على المستعير" (٤) .

وقال أيضا : " وان وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المُتَّهِب فمهما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل فى يديه ولم يَغُرَّهُ أحد وكذلك أجر مُدَّةِ مقامه فى يديه وأرش نقصه ان حصل " (٥) .

---

(١) (٩/٥)، وراجع المهذب (٤٩٠/١ - ٤٩١)، نهاية المحتاج (١٥٦/٥) .

(٢) (١٠٨/٤ - ١٠٩) .

(٣) المغنى (٢٠٣/٥ - ٢٠٤) .

(٤) المرجع نفسه (٢٠٤/٥) .

(٥) المرجع نفسه .

هذا كله اذا كان القابض من الغاصب يعلم أن ماقبضه مغصوب أما اذا لم يعلم بأنه مغصوب فقد اتفق الفقهاء على أنه يلزم النظر في طبيعة القبض ثم اختلفوا في تفصيل ذلك على النحو التالي :

(أولا) قال الحنفية (١) : اذا كان القبض أمانة ولم يستفد القابض ملك منفعة من جراء هذا القبض ثم تلف عنده - أي من غير تعديه أو تفريطه - فان المالك اذا اختار تضمينه فَضَمِنَ رجع بذلك على الغاصب لأنه قد غَرَّه فيرجع عليه بضمان الغرور .

أما اذا كان القابض هو المتلف فانه حينئذ اذا ضَمِنَ للمالك فلا يرجع على الغاصب لأنه ضَمِنَ بفعل نفسه فلايرجع على أحد بل ان للغاصب حق الرجوع عليه والحالة هذه اذا ضَمَّنَهُ المالك لأنه تَبَيَّنَ أنه استهلك ماله .

ومن الفروع على ذلك لو أَوْدَعَ الغاصب المغصوب فهلك في يد المُوْدَع يتخير المالك في التضمين فان ضَمَّنَ الغاصب لايرجع بالضمان على أحد لأنه تبين أنه أَوْدَعَ ملك نفسه . وان ضَمَّنَ المُوْدَعَ يرجع على الغاصب لأنه غرَّه بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرور .

ولو استهلكه المُودَعُ فان ضَمَّنَ الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المُوْدَع لأنه تبين أنه استهلك ماله ، وان ضَمَّنَ المُوْدَعَ لم يرجع على الغاصب لأنه ضَمِنَ بفعل نفسه .

وكذلك يقال في المُسْتَأْجِر والمُرْتَهِن اذا تلف المغصوب في يدهما فان قرار ضمان التلف على الغاصب . يقول الكاساني (٢) : "أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا ،وأما رجوع المستأجر فلأنه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الأجرة فيتحقق الغرور فأشبه المُوْدَعْ" .

أما اذا كان القابض من الغاصب عاملا لنفسه أو مستفيدا ملك منفعة

---

(١) بدائع الصنائع (٤٤٠٨/٩ - ٤٤٠٩)، المبسوط (٨١/١١) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٠٩/٩) .

مجانا فهذا اذا تلفت العين عنده واختار المالك تضمينه فانه لايرجع على الغاصب بشئ مما ضمن .

ومن الفروع على ذلك : لو وهب الغاصب الثوب المغصوب لِرَجُلٍ فلبسه حتى تخرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المغصوب منه وضَمَّنَ الموهوب له فليس له أن يرّجع بالضمان على الواهب .

ذلك لأن الموهوب له فى القبض والأكل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لايرجع به على أحد (١) .

ومثل ذلك يقال فى المستعير فانه اذا أعار الغاصب العين المغصوبة لرجل فتلفت عنده ثم اختار المالك تضمين المستعير فلايرجع على الغاصب بما ضَمِنَ لأنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور (٢) .

ومما ينبغى التنبه له : أن كل عقد ضمان فانه يتحقق فيه الغرور بناء عليه فقرار الضمان فى عقود الضمان على الغاصب عند الحنفية يقول السرخسى (٣) : "وانما الغرور فى عقد الضمان هو المثبت للرجوع لمعنيين أحدهما : أنه بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولاعيب فوق الاستحقاق فيفوات ماهو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لايستحق الموهوب له صفة السّلامة ولهذا لو وَجَدَ الموهوب معيبا لايرده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور .

والثانى : وهو أن القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه فى العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه" .

(ثانيا) أما المالكية فقد قالوا : اذا استَوْدَعَ الغاصب العين المغصوبة عند رجل فتلفت عنده فليس للمالك على الرجل المستَوْدَع شئ الا أن تتلف بتعديه (٤) .

---

(١) المبسوط (٨١/١١) .

(٢) بدائع الصنائع (٤٤٠٩/٩)، المبسوط (٨٢/١١) .

(٣) المبسوط (٨١/١١ - ٨٢) .

(٤) المدونة (٣٦٧/٥) .

أما اذا باعها الغاصب ثم تلفت عند المشترى والحال أنه لم يعلم بأنها مغصوبة فيفرق فى الحكم بين ثلاث حالات :[1]

(١) إنْ تلف ما اشتراه بجناية عمدا فان المالك مخير فى تضمين المشترى أو الغاصب لكن قرار الضمان على الغاصب • وسواء فى ذلك كانت العين التالفة مما يغاب عليه أم لا •

(٢) إنْ تلف ما اشتراه بسماوى : فان كان مما لايغاب عليه ولم يظهر كذبه أو كان مما يغاب عليه وقامت بينة على أن تلفه لم يكن بسببه ففى هذه الحالة ليس للمالك الا الرجوع على الغاصب فقط دون المشترى •

أما اذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على تلفه بينة انه كان بغير سببه أو كان مما لايغاب عليه وظهر كذبه فان للمالك تضمين المشترى القيمة لآخر رؤية ويرجع المشترى بالثمن على الغاصب •

(٣) إنْ تلف ما اشتراه بجناية خطأ فعند المالكية فى ذلك قولان :

(أحدهما) أن الخطأ كالعمد فيضمن المشترى للمالك قيمة المُقَوَّم ومثل المثلى ويكون غريما ثانيا للمالك لأن العمد والخطأ فى أموال الناس سواء • وهذا القول لابن أبى زيد وهو قول أشهب[2] وقال ابن عبد السلام هو القياس[3] •

(الثانى) أن الخطأ كالسماوى فلا رجوع لربه عليه وانما يرجع على الغاصب والى ذلك ذهب ابن القاسم[4] وابن رشد[5] •

ومنشأ الخلاف ذكره الدسوقى بقوله : " ومبناهما على أن البيع هل هو على الرد حتى يجاز أو على الاجازة حتى يرد"[6] •

وأما اذا وهبها الغاصب لمن لايعلم أنها مغصوبة ثم تلفت عنده

---

(١) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٦ - ٤٥٧)، جواهر الاكليل (٢/١٥٢)، البهجة شرح التحفة (٢/٣٥١) •

(٢) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٧) •

(٣) جواهر الاكليل (٢/١٥٢) •

(٤) المرجع نفسه •

(٥) حاشية الدسوقى (٣/٤٥٨) •

(٦) المرجع نفسه •

فقد قال المالكية[1] يُبدأُ أولا بتضمين الغاصب فاذا ضَمِنَ فانه لايرجع على الموهوب له بشيء .

فان أعسر الغاصب أو لم يوجد أو وجد ولكن لم يُقْدَرْ عليه فيُرْجَعُ حينئذ على الموهوب له لأنه المستهلك وفي هذه الحالة يستقر الضمان عليه فلا يرجع على الغاصب بشيء .

(ثالثا) أما الشافعية[2] والحنابلة[3] فقد اتفقوا على أن من قبض من الغاصب مالا مغصوبا غير عالم بالغصب فانه يستقر الضمان عليه فيما التزم ضمانه فقط - أي اذا قبضه بأحد عقود الضمان - دون مالم يلتزم ضمانه .

فيلزم النظر الى أصل اليد القابضة فان كانت في الأصل يد أمانة فلايستقر الضمان عليها وان كانت طريقا فيه كما هو الأصل المتفق عليه بين الفقهاء . وان كانت يده في الأصل يد ضمان فانه يستقر عليه الضمان بحيث لو طُولِبَ الغاصب بالضمان فَدَفَعَ للمالك فان له الرجوع على القابض بما ضَمِنَ .

ومن التطبيقات على ذلك :

اذا أَوْدَعَ الغاصب المال المغصوب عند رجل فتلف عنده من غير تعديه فللمالك مطالبة من شاء منهما بالبدل لكن القرار هنا على الغاصب . ذلك أن يد المُوْدَعِ عنده في الوديعة يد أمانة والغاصب قد غَرَّرَ به ولم يلتزم للغاصب الضمان في هذا العقد .

ومثل ذلك الوكيل والمرتهن وأضاف الحنابلة " الموهوب له والمُهْدَى اليه والمُتَصَدَّقِ عليه " وضابط ذلك عند الحنابلة : " كل مُتَمَلِّكٍ بلا عوض وقابِضٍ قبضَ أمانة يرجع بما ضمنه على الغاصب "[4] .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٥٨/٣)، البهجة شرح التحفة (٣٥١/٢)، المدونة (٣٦٠/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٩/٥) وراجع (٩٨/٤)، المنهاج وشرحه مغني المحتاج (٣٧٩/٢)، نهاية المحتاج (١٥٥/٥ - ١٥٦)، المهذب (٤٩١/١) .

(٣) كشاف القناع (١٠٩/٤ - ١١٠)، شرح منتهى الارادات (٤١٣/٢)، القواعد لابن رجب (ص ٢١٠) ومابعدها، المغني (٢٠٣/٥ - ٢٠٤) .

(٤) كشاف القناع (١١٠/٤) .

ومن تطبيقات ذلك أيضا :

المستعير من الغاصب اذا تلف عنده المال المغصوب وضمَّنَهُ المالك فانه لايرجع على الغاصب بشيء لأنه قد التزم ضمان العين بالقبض ويده عليها يد ضمان عند الشافعية والحنابلة .

قال الحنابلة أما اذا ضَمَّنَ المالك المستعير المنفعة فانه يرجع بها على الغاصب لأن المستعير لم يلتزم ضمان المنفعة بالقبض .

ومثل ذلك المشترى من الغاصب اذا ضَمَّنَهُ المالك العين فانه لايرجع على الغاصب بشيء أما لو ضَمَّنَهُ المنفعة فانه يرجع على الغاصب بما ضمن لأن عقد البيع يقتضى أن المبيع مضمون على المشترى بالثمن حتى لو تلف فات مجانا بخلاف المنافع فانها تثبت للمشترى تبعا للعين لأن الخراج بالضمان .

أما الاجارة فانها على العكس من ذلك فاذا آجر الغاصب العين المغصوبة لمن لم يعلم بالغصب فَضَمَّنَ المالكُ المُستأجِرَ فانه يرجع على الغاصب بضمان العين لأنها فى يده أمانة ولايرجع بضمان المنفعة لأن المنفعة مضمونة على المستأجر بالأجرة .

قال البهوتى : " وهكذا نقول فى كل عقد بحسبه " (١) .

---

(١) كشاف القناع (١٠٩/٤) .

المبحث الرابع

اتلاف المال المغشوش أو المخالف للمواصفات والمقاييس التى حددها ولى الأمر

يحسن بنا قبل أن نتكلم عن حكم اتلاف المغشوشات أن نعرف حدود الغش التجارى وصوره :

فالغش فى اللغة : اخفاء حقائق الأشياء فيظهر خلاف مايبطن ، يقول الحربى فى ذلك : " الغش أن يظهر شيئا ويخفى خلافه أو يقول قولا ويخفى خلافه " (١) .

ويقول ابن فارس : " الغين والشين أصول تدل على ضعف فى الشىء واستعجال فيه ويقولون الغش لاتمحض النصيحة " (٢) .

ويقول القاضى عياض : " الغش الخديعة وضد النصح ومن غشنا أى خدعنا وأظهر خلاف باطن أمره " (٣) .

أما الغش فى البيوع فى اصطلاح الفقهاء فقد ذكره ابن عرفة بقوله : " الغش التدليس وهو ابداء البائع مايوهم كمالا فى مبيعه كاذبا أو كتم عيب " (٤) .

وماذكره ابن القيم أيضا بقوله : " فان البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فاذا أظهر للمشترى أنه على صفة فبان بخلافها كان قد غشه ودلس عليه " (٥) .

والمعنى الشرعى للغش مستفاد مما روى الامام مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مَرَّ على صُبْرَةِ طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال ماهذا ياصاحب الطعام ؟ قال أصابته السماء يارسول الله قال أفلاجعلته فوق الطعام كى يراه الناس

---

(١) غريب الحديث (٦٥٨/٢) .

(٢) معجم مقاييس اللغة (٣٨٣/٤) وراجع ترتيب القاموس المحيط (٣٩٥/٣) .

(٣) مشارق الأنوار (١٣٩/٢) .

(٤) نقلا عن التاج والاكليل (٣٤٤/٤) .

(٥) اعلام الموقعين (٣٨/٢) .

من غش فليس منى "[١] .

بناء على ذلك : فان البائع أو الصانع متى بين مكونات المادة المراد بيعها ونسبة كل من هذه المكونات كتابة أو قولا للمشترى وكان صادقا فى بيانه أو أظهر له عيب السلعة الخفى فلا غش شرعا فى هذه الحالة حيث أنه قد استوى علم البائع والمشترى فلم يكتمه ولم يكذب عليه وقد نص الفقهاء على ذلك[٢] ودل عليه الحديث السابق عن أبى هريرة رضى الله عنه فقد أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الصبرة وضعه للطعام المبلول أسفل الصُّبْرة وطلب منه أن يضعه فوق الصبرة حتى يراه الناس فاذا فعل ذلك وبَيَّن الردىء كان له بيعه حيث استوى علمه وعلم المشترى به واذا كان كذلك فلا غش شرعا .

ويدل عليه أيضا مارواه البخارى عن عقبة بن عامر رضى الله عنه أنه قال : " لايحل لامرىء مسلم يبيع سلعة يعلم أن بها داء الاأخبره "[٣] .

وقد رُوِي هذا الحديث موصولا من طريق عبدالرحمن بن شماسه عن عتبة ابن عامر رضى الله عنه مرفوعا بلفظ : " المسلم أخو المسلم ولايحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب الا بَيَّنَهُ له "[٤] .

---

(١) صحيح الامام مسلم (٩٩/١) كتاب الايمان باب (٤٣) واللفظ له والترمذى (٥٩٧/٣) كتاب البيوع باب (٧٤)،وأبو داود (٧٣١/٣ - ٧٣٢) كتاب البيوع باب (٥٢)،وابن ماجه (٧٤٩/٢) كتاب التجارات باب (٣٦) والامام أحمد فى المسند (٢٤٢/٢) . والصُّبْرَة هى ماجمع من الطعام بلا كيل ولاوزن راجع الصحاح (٧٠٧/٢)،ترتيب القاموس المحيط (٧٩٤/٢) .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام (٣٦٢/٢٩ - ٣٦٣)،مواهب الجليل (٣٤٣/٤)،التاج والاكليل (٣٤٤/٤)،جواهر الاكليل (١٦/٢ - ١٧)،منح الجليل (٥٣٥/٢) .

(٣) صحيح الامام البخارى (١٠/٣) كتاب البيوع باب (١٩) .

(٤) رواه ابن ماجه (٧٥٥/٢) كتاب التجارات باب (٤٥)، الامام أحمد فى المسند (١٥٨/٤) قال ابن حجر واسناده حسن انظر فتح البارى (١٦٠/٩) .

ومما جاء فى هذا المعنى من قول الفقهاء ماذكره صاحب المعيار :
"ويثبت الخيار لمن اشتراه الا أن يكون البائع قد بَيَّنَ للمشترى بيانا تاما أنه مخلوط والبيان التام فى هذا أن يُبيِّنَ له مقدار الردىء الذى خُلِطَ بالجيد وصفتهما قبل الخلط حتى يستوى علمهما فيه فحينئذ لايكون للمشترى أن يَرُدَّ (١)" .

اذا فالغش التجارى قوامه خديعة المشترى :

(أ) بكتابة المحتويات مخالفة للواقع .

(ب) بذكرها شفاهة مخالفة للواقع .

(ج) عرضها بصورة مخالفة للواقع وذلك باخفاء عيبها وتدليسه على المشترى ومن صور ذلك :

أن يخلط البائع مع السلعة ماليس من جنسها أو يخلط معها من جنسها ولكنه ردىء يقول الدردير : " والغش يكون فى كل شىء حتى فى الحيوان ... كخلط شىء جيد كلبن وسمن وزيت ودقيق بردىء من جنسه أو غير جنسه من طعام أو غيره . كشياب وقطن وكتان ونحو بَلّ ثياب بنشا ونفخ لحم بعد السلخ لاقبله لأنه يوهم أنه سمين (٢)" .

ومن ذلك أيضا مايفعله بعض المصانع فى هذا الزمان من خلط اللبن الخالص بالحليب المجفف مع انكارهم ذلك .

وقد لايكون الغش فى تكوين السلعة وانما فى كيلها أو وزنها وذلك بانقاصها عن القدر المُبَيَّنِ أو الوزن المعتمد .

أو التدليس على المشترى وايهامه فى تاريخ صلاحية السلعة أونوعية البضاعة وجودتها بحيث تكون من مصدر أو مصنع معروف برداءة الانتاج فيغير المصدر او اسم المصنع وينسبها الى مصدر أو مصنع مشهور بجودة بضاعته وحسنها .

---

(١) المعيار المعرب (٢١٧/٥) .

(٢) الشرح الصغير (٢٣/٢) وراجع المعيار المعرب (٢١٧/٥ - ٢١٨)،مجموع فتاوى شيخ الاسلام (١١٤/٢٨ - ١١٥)،جواهر الاكليل (١٧/٢)،منح الجليل (٥٣٦/٢)،مواهب الجليل (٣٤٣/٤) .

هذا هو الغش التجارى المحرم شرعا والذى يستحق فاعله العقوبة
ومن التصرفات غير المشروعة أيضا والتى يستحق فاعلها أن يعاقب مخالفة المواصفات والمقاييس التى حددها ولى الأمر واشترط أن تكون متوفرة فى السلعة لتكون صالحة لعرضها فى الأسواق للبيع فمن خالف هذه المواصفات والمقاييس فقد ارتكب مالايجوز له فعله حتى لو بينها للمشترى لأن طاعة ولى الأمر واجبة فى غير معصية الله فكيف اذا أمر بما فيه مصلحة المسلمين .

فلو أن ولى الأمر أذن بأن يُخَلِّطَ الصاغة الذهب بنسبة معينة من النحاس صح ذلك على أن يكتب على كل سبيكة عيارها ليعلم المشترى نسبة الغش فيها (١) . ومتى خالف الصاغة النسبة التى أذن فيها الامام مثل أن يأذن بخلط نسبة ثلاثة قراريط من النحاس أو ستة قراريط فى كل أربعة وعشرين قيراطا . فيجعلها الصائغ عشرة قراريط فهذا تصرف يعاقب عليه لأنه على خلاف ما أذن به الامام (٢) .

ومثل ذلك اذا أذن ولى الأمر بأن يشاب اللبن بالماء بنسبة معينة أو أذن بأن يُخْلَطَ اللبن الخالص بالحليب المجفف مثلا جاز ذلك على أن يُبَيِّن للمشترى على العلبة أو الوعاء الذى يحويه نسبة الخلط . فاذا خالف البائع النسب التى قررها ولى الأمر فانه يستحق العقوبة وهكذا .

---

(١) وهذا الخلط جائز اذا بُيِّنَ فقد سئل ابن رشد عما يصاغ من الحلى منه ذهب خالص ومنه غير خالص وهو معلوم عند أهل المعرفة فى عياراته لايخفى عليهم زائد اليسير ولانقصانه . فأجاب صياغة الحلى من الذهب الخالصة وغير الخالصة المشوبة بالفضة والصفر والنحاس جائز استعماله اذا كان يمتاز كما وصفت ... ويجوز بيعه بالعروض وبغير جنسه ولايجوز مراطلة الا ان كان خالصا ولايمنع الغاش منه الاماكان مغشوشا أعلاه ذهب وداخله صفر أو نحاس فانه يجب أن يكسر ويمنع الناس من عمله . انظر التاج والاكليل (٣٤٤/٤) .

(٢) راجع مثلا مرشد الاجراءات الجنائية (ص ١٢٩) وقد جاء فيه : " ومن يصنع مصاغا أقل من العيار والدرجة بقصد البيع توقع عليه العقوبة ".

والحاصل أن الغش فى البضاعة أو مخالفة المواصفات والمقاييس التى حددها ولى الأمر فيها لايخرجها من أن تكون مالا الا أن تفقد فى هذه العملية أحد عناصر المالية ٠

بناء على ذلك فهل يجوز لولى الأمر مصادرة هذه الأموال المغشوشة أو المخالفة للمواصفات والمقاييس التى قررها واتلافها تعزيرا لصاحبها أو لا ؟

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية فى القول الجديد والحنابلة على أن العقوبة بأخذ الأموال لاتجوز وانما العقوبة على الأبدان ٠ وهذا هو قول المالكية اذا كانت الجناية فى غير المال ٠

جاء فى رد المحتار : " قال فى الشرنبلانية : ولايفتى بها لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه" (١) ٠

وقال ابن عابدين : " والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال" (٢) ٠

وقال الامام الشافعى رحمه الله : " لايعاقب رجل فى ماله وانما يعاقب فى بدنه وانما جعل الله الحدود على الأبدان وكذلك العقوبات فأما على الأموال فلا عقوبة فيها" (٣) ٠

وقال ابن قدامة (٤) : "والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ولايجوز قطع شىء منه ولاجرحه ولاأخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشىء من ذلك عن أحد يقتدى به ولأن الواجب أدب والتأديب لايكون بالاتلاف " ٠

وقال الدردير (٥) : "وجاز أن يؤدب ونحوه ولايجوز أدبه بأخذ مال منه كما يقع كثيرا من الظلمة " ٠

---

(١) رد المحتار (٤/٦١) ،وراجع شرح فتح القدير (٥/٣٤٥)،تبيين الحقائق (٣/٢٠٨) ٠

(٢) رد المحتار (٤/٦٢) ٠

(٣) الأم (٤/١٦٧)،وراجع حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٨/٢٢)، معالم السنن (٣/١٥٧) ٠

(٤) المغنى (٩/١٧٨)،وراجع كشاف القناع (٦/١٢٤ ـ ١٢٥)،شرح منتهى الارادات (٣/٣٦٢) ٠

(٥) الشرح الصغير (٢/٢٣) ٠

وقال الصاوى : [1] "قال الونشريسى : أما العقوبة بالمال فقد نص العلماء على أنها لاتجوز وفتوى البرزلى بتحليلها لم تزل الشيوخ يعدونها من الخطأ" .

وقول المالكية هذا خاص فيما اذا كانت الجناية فى غير المال كما ذكرنا آنفا أما اذا كانت الجناية فى المال مثل الغش فهذا يجوز عند المالكية ايقاع العقوبة عليه فى ذلك المال المغشوش ، يقول الشاطبى : [2] "وأما مذهب مالك فان العقوبة فى المال عنده ضربان" . قال بعد أن ذكر أن الأول عقوبة الجانى بالمال مع أن جنايته فى غير الأموال وأن ذلك لايصح باتفاق الفقهاء ولم يخالف فيه الامام مالك قال :"الثانى أن تكون جناية الجانى فى نفس ذلك المال أو فى عوضه فالعقوبة فيه عنده ثابتة فانه قال فى الزعفران المغشوش اذا وجد بيد الذى غشه أنه يتصدق به على المساكين قل أو كثر ... ووجه ذلك التأديب للغاش وهذا التأديب لانص يشهد له لكن من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة ... على أن أبا الحسن اللخمى قد وضع له أصلا شرعيا وذلك أنه عليه السلام أمر باكفاء القدور التى غليت بلحوم الحمر قبل أن تقسم [3] " .

وقد تابع المالكية على قولهم هذا جمع من الفقهاء مثل شيخ الاسلام ابن تيمية [4] وتلميذه ابن القيم [5] الا أن من قال بهذا القول من الفقهاء قد اختلفوا فى نوعية العقوبة هل هى اتلاف المال المغشوش أو المخالف للمواصفات المحددة أو هى التصدق به على صاحبه وذلك من اتلافه اختلفوا فى ذلك على أقوال بيانها :

---

(١) بلغة السالك (٢٣/٢)، وراجع حاشية الدسوقى (٤٦/٣)، جواهر الاكليل (١٧/٢)، منح الجليل (٥٣٦/٢)، الفواكه الدوانى (٢٩١/٢) .

(٢) الاعتصام (١٢٤/٢) .

(٣) سبق تخريجه . (ص ٢٨٩)

(٤) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨) ومابعدها .

(٥) الطرق الحكمية (ص ٣٨٨) ومابعدها .

القول الأول :

أن المغشوشات ونحوها يصادرها ولى الأمر ويتلفها وذلك بتحريقها أو بتمزيقها وقد أفتى بذلك ابن القطان الأندلسى فقد قال فى الملاحف الرديئة النَّسْج تُحَرَّق بالنار . وأفتى ابن عتاب بتمزيقها وتفريقها على المساكين اذا تُقُدِّم الى مستعمليها فلم ينتهوا ،وكذلك أفتى بالخبز المغشوش .(١)

قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " فأنكر عليه ابن القطان وقال لايحل هذا فى مال امرىء مسلم الاباذنه قال القاضى أبو الاصبغ : وهذا اضطراب فى جوابه وتناقض فى قوله لأن جوابه فى الملاحف باحراقها بالنار أشد من اعطاء هذا الخبز للمساكين . وابن عَتَّاب أضبط فى أصله فى ذلك وأتبع لقوله " (٢) .

وقال أيضا : " وهذا كما يُتْلَفُ من البدن المحل الذى قامت به المعصية فتقطع يد السارق وتقطع رجل المحارب ويده فكذلك الذى قام به المنكر فى اتلافه نهى عن العَوْدِ الى ذلك المنكر" (٣) .

القول الثانى :

أن المغشوشات ونحوها يُصَادِرُها ولي الأمر ويتصدق بها على المساكين سواء كان قليلا أو كثيرا وهذا مذهب الامام مالك (٤) .

القول الثالث :

أنه يتصدق بها على المساكين اذا كانت يسيرة أما اذا كانت كثيرة

---

(١) حاشية الصاوى على الشرح الصغير (٢/٢٣)، الاعتصام (٢/١٢٤)،حاشية الدسوقى (٤/٣٥٥)، (٣/٤٦)،تبصرة الحكام (٢/٢٩٧)،فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٢٨/١١٤)، الطرق الحكمية (ص ٣٨٨)،منح الجليل (٢/٥٣٦) .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (٢٨/١١٦) .

(٣) المرجع نفسه (٢٨/١١٤) .

(٤) الاعتصام (٢/١٢٤) .

فلا وهذا قول ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون من المالكية[1]،جاء في المعيار : " قال ابن حبيب قلت لهما فما وجه الصواب عندكما فيمن[2] غش أو نقص من الوزن ؟ فقالا : الصواب عندنا أن يعاقب بالضرب أو السجن أو الاخراج من السوق إذا كان بذلك معروفا . ولا أرى أن ينتهب متاعه ولايُفَرَّق الاماخف قدره من اللبن اذا شابه بالماء والخبز ينقص من وزنه فيُفَرَّق على المساكين أدبا له مع مايؤدب من سجن أو اخراج ان كان معتادا . وماكثر من اللبن أو الخبز أو الغش من المسك أو الزعفران فلاأرى أن يُفَرَّقَ ولايُنْتَهَبْ . قال ابن حبيب : ولايَرُدُّهُ الامام اليه ،وليأمر ثقة ببيعه عليه ممن يؤمن أن لايغشَّ به " .

ونقل شيخ الاسلام ابن تيمية عن ابن القاسم قوله : " فأما اذا كثر فلاأرى ذلك وعلى صاحبه العقوبة لأنه يذهب فى ذلك أموال عظام"[3] .

وقد رجح بعض فقهاء المالكية هذا القول وصَوَّبَه فقد جاء فى جواهر الاكليل : "وقول ابن القاسم لايتصدق بالكثير ويؤدب صاحبه ويترك له ان أُمِنَ غِشَّهُ به والابيع لمن يُؤْمَنْ قال الحطاب : هو أحسن من قول الامام لأن التصدق به من العقوبة بالمال والعقوبة بالمال كانت فى أول الاسلام ثم نسخت وصارت فى البدن فقول ابن القاسم أولى بالصواب والقياس أن لايتصدق بقليل ولاكثير " .[4]

القول الرابع :

التفصيل فى ذلك :

(أ) ان كان صاحب المال فقيرا تُرِكَ له بعد تغيير صفته التى هو عليها مثل أن يُكَسَّر الخبز والصدقة ببعضه حسن .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه (٤٦/٣)،الشرح الصغير وحاشية الصاوى عليه (٢٣/٢)، الاعتصام (١٢٤/٤)،تبصرة الحكام (٢٩٨/٢) .

(٢) المعيار المعرب (٢١٨/٥) .

(٣) مجموع الفتاوى (١١٦/٢٨) .

(٤) (١٧/٢) . ومانسبه صاحب جواهر الاكليل الى الحطاب هو من كلام ابن رشد . انظر مواهب الجليل (٣٤٤/٤)، التاج والاكليل (٣٤٢/٤) .

(ب) ان كان صاحب المال غنيا فانه يتصدق به عليه لأن ذلك يجمع أمرين :

(أحدهما) أن الصدقة أشد فى العقوبة .

(الثانى) أن الغالب ممن هذا شأنه أن يجتمع فى ذمته من السرقة مايوجب أن يؤخذ ويتصدق به للجهل بالمسروق منه .

وهذا التفصيل للخمي (١) من المالكية .

القول الخامس :

أنه أمر المغشوش مفوض الى الامام يفعل فيه مايرى حسب المصلحة وهذا رأى شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله فقد قال : " وليس اتلاف ذلك واجبا على الاطلاق بل اذا لم يكن فى المحل مفسدة جاز ابقاؤه أيضا اما لله واما أن يتصدق به (٢) " .

منشأ الخلاف بين الفقهاء الذين قالوا لاتجوز العقوبة فى المال وبين الذين قالوا تجوز :

الفقهاء الذين قالوا لاتجوز العقوبات فى الأموال يرون أن ذلك كان فى أول الاسلام ثم نسخ (٣) .

وأما الفقهاء الذين قالوا بالجواز فانهم قالوا بعدم النسخ وردوا على من قال بذلك فقد قال شيخ الاسلام ابن تيمية (٤) :"ومن قال ان العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط على مذهبهما ومن قاله مطلقا من أى مذهب كان فقد قال قولا بلادليل ولم يجئ عن النبى صلى الله عليه وسلم شئ قط يقتضى أنه حرّم جميع العقوبات المالية ،بل أخْذ الخلفاء الراشدين وأكابر أصحابه بذلك بعد موته دليل على أن ذلك محكم غير منسوخ " .

---

(١) المعيار المعرب (٤٨٨/٦) .

(٢) مجموع الفتاوى (١١٤/٢٨) .

(٣) رد المحتار (٦١/٤)،جواهر الاكليل (١٧/٢)،منح الجليل (٥٣٦/٢)،مواهب الجليل (٣٤٤/٤)،شرح سنن النسائى للسيوطى (١٦/٥) .

(٤) مجموع الفتاوى (١١٠/٢٨) .

وقال ابن القيم بعد أن أورد بعض الأحاديث والآثار التى استدل بها على جواز العقوبات المالية قال : " وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس يسهل دعوى نسخها ... والمُدَّعُون للنسخ ليس معهم كتاب ولاسنة ولا اجماع يُصَحِّح دعواهم الا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا عدم جوازها فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد واذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالاجماع وهذا غلط أيضا . فان الأمة لم تُجْمِع على نسخها ومحال أن ينسخ الاجماع السُّنَّة ولكن لو ثبت الاجماع لكان دليلا على نص ناسخ "[1].

والذى يظهر لى رجحان قول من قال بجواز التعزير بالمال اذا كانت الجناية فيه كالغش ونحوه ويقوى عندى ماقال شيخ الاسلام بأن هذا مفوض للامام أو من ينوب عنه يفعل مايرى المصلحة تقتضيه اذ أن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة .

لكن اذا رأى الامام مصادرة المغشوشات ونحوها عقوبة لصاحبها فان الأولى أن يفرقها على الفقراء الا أن تكون غير صالحة للاستهلاك كالأغذية الفاسدة أو التى تحتوى على مواد مضرة ونحوها فانه حينئذ يتعين مصادرتها واتلافها . والله أعلم .

---

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٨٧ - ٣٨٨)، وراجع مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية (١١١/٢٨) .

المبحث الخامس

عقوبة الغال من الغنيمة باتلاف متاعه

من التصرفات المحرمة شرعا الغلول من الغنيمة وقد اتفق الفقهاء على أن الغَالّ من الغنيمة يستحق العقوبة واختلفوا فى ماهيتها على ثلاثة أقوال :

(الأول) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] والشافعية[(٣)] الى أنه يستحق التعزير على سوء صنيعه فى بدنه ولايعزر فى ماله يقول الامام الشافعى رحمه الله : " لايعاقب رجل فى ماله وانما يعاقب فى بدنه وانما جعل الله الحدود على الأبدان وكذلك العقوبات فأما الأموال فلاعقوبة عليها"[(٤)] .

(الثانى) مذهب الحنابلة[(٥)] وجوب تحريق رَحْلِ الغال من الغنيمة عقوبة له بعد توفر الشروط فيمن قام بالغلول .

(الثالث) أن عقوبة الغال من العقوبات التعزيرية فأمرها مفوض الى الامام يعزره بما يراه مناسبا سواء كان ذلك فى بدنه أو ماله فيجتهد الامام فيه حسب المصلحة وهذا هو رأى شيخ الاسلام ابن تيمية[(٦)]

---

(١) المبسوط (١٠/٥٠)، النتف فى الفتاوى (٢/٧٢٧) .

(٢) التمهيد (٢/٢٢ - ٢٣)، المنتقى (٣/٢٠٤)، أحكام القرآن لابن العربى (١/٣٠١)، الجامع لأحكام القرآن (٤/٢٥٩) .

(٣) الأم (٤/١٦٧)، شرح السنة للبغوى (١١/١١٨)، شرح النووى على مسلم (٢/١٣٠)، معالم السنن (٣/١٥٧) .

(٤) الأم (٤/١٦٧) .

(٥) كشاف القناع (٣/٨٥)، شرح منتهى الارادات (٢/١١٧ - ١١٨)، المحرر (٢/١٧٨)، المغنى (٩/٣٠٥ - ٣٠٧)، الانصاف (٤/١٨٥)، غاية المنتهى (١/٤٨٤)، الروض الندى (ص ١٩٩ - ٢٠٠)، المذهب الأحمد (ص ٢٠٥) .
وقد نص الحنابلة على المتاع الذى يجوز تحريقه والذى لايجوز تحريقه .

(٦) الاختيارات الفقهية (ص ٣١٤) .

وتلميذه ابن القيم (١) ،وبعض متأخرى الحنابلة وصوبه المرداوى (٢) .

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء اختلافهم فى ثبوت الآثار الواردة فى هذا الباب ومن ذلك :

(١) مارواه سعيد بن منصور من طريق صالح بن محمد بن زائدة قال كنت مع مسلمة بن عبدالملك فى الغزو فوجد انسانا قد غَلَّ ،فدعا سالم بن عبدالله فسأله عن ذلك فقال حدثنى أبى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه قد غَلَّ فاضربوه وحرقوا متاعه فَوُجِدَ فى رحله مصحف فسئل سالم عن ذلك فقال : بيعوه وتصدقوا بثمنه" (٣) .

(٢) مارواه سعيد بن منصور من طريق اسماعيل بن عياش عن اسحاق بن عبدالله بن أبى فروه أن رجلا يقال له زياد قد غَلَّ شعرا من الغنم فأتى به سعيد بن عبدالملك فجمع ماله فَأُحْرِقَ وعمر بن عبدالعزيز حاضر ذلك فلم يعبه" (٤) .

(٣) مارواه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر حَرَّقُوا متاع الغال

---

(١) زاد المعاد (١٧٣/٢) .

(٢) الانصاف (١٨٥/٤) .

(٣) سنن سعيد بن منصور (٢٦٩/٢) كتاب الجهاد باب ماجاء فى عقوبة من غل . ورواه أيضا أبو داود (١٥٧/٣) كتاب الجهاد باب (٤٥)، الترمذى (٦١/٤) كتاب الحدود باب (٢٨) ،والحاكم فى المستدرك (١٢٧/٢ - ١٢٨) كتاب الجهاد وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى . وراجع أقوال المحدثين حول هذا الحديث فى مناقشة أصحاب القول الأول .

(٤) سنن سعيد بن منصور (٢٧٠/٢) كتاب الجهاد باب ماجاء فى عقوبة من غل وفى اسناده اسماعيل بن عياش قال عنه ابن حجر : " صدوق فى روايته عن أهل بلده مخلط فى غيرهم" . انظر تقريب التهذيب (٧٣/١)، وراجع تفصيل ذلك فى تهذيب التهذيب (٣٢١/١) . وفى اسناده أيضا اسحاق بن عبدالله بن أبى فروه وهو متروك انظر تقريب التهذيب (٥٩/١) . وراجع أقوال أهل الجرح والتعديل فيه بالتفصيل فى تهذيب التهذيب (٢٤٠/١) ومابعدها .

وضربوه "[1] .

فأصحاب القول الثاني وهم الحنابلة يستدلون بهذه الآثار على أن عقوبة الغال تحريق رحله .

أما أصحاب القول الأول فلا يثبتون هذه الأحاديث بل قالوا ان الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد حصل الغلول في زمنه فلم يعاقب بتحريق المتاع من ذلك مارواه البخاري[2] عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : افتتحنا خيبر ولم نغنم ذهبا ولافضة وانما غنمنا البقر والابل والمتاع والحوائط ثم انصرفنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وادي القرى ومعه عبد له يقال له مدعم أهداه له أحد بني الضباب فبينما هو يَحُطّ رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه سهم عائر حتى أصاب ذلك العبد فقال الناس هنيئا له الشهادة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . بلى والذى نفسي بيده ان الشَّمْلَة التي أصابها يوم خيبر من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نارا فجاء

---

(١) رواه أبو داود (٥٨/٣) كتاب الجهاد باب (١٤٥) قال ابن القيم : "وعلة هذا الحديث أنه من رواية زهير بن محمد عن عمرو بن شعيب وزهير هذا ضعيف قال البيهقي وزهير هذا يقال هو مجهول وليس بالمكي وقد رواه أيضا مرسلا " انظرتهذيب سنن أبي داود (٤١/٤) . وقال الشوكاني وفي اسناده زهير بن محمد وهو الخرساني نزيل مكة وقال البيهقي هو وغيره أنه مجهول وقد رواه أبو داود أيضا منوجه آخر عن زهير موقوفا قال في الفتح وهو الراجح " . انظر نيل الأوطار (٢٢٦/٩) وراجع فتح الباري (١٦٠/١٢) .

(٢) صحيح الامام البخاري (٨١/٥) كتاب المغازي باب (٣٨)، صحيح مسلم (١٠٨/١) كتاب الأيمان والنذور باب (٤٨) وأبو داود (١٥٥/٣) كتاب الجهاد باب (١٤٣)، النسائي (٢٤/٧) كتاب الأيمان والنذور باب هل تدخل الأرضون في المال اذا نذر . والامام مالك في الموطأ (٤٥٩/٢) ، كتاب الجهاد باب (١٣) .

رجل حين سمع ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم بشراك أو بشراكين فقال هذا شىء كنت أصبته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراكا أوشراكان من نار" .

يقول السرخسى[1] : "وقد كان فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الجيش أعراب جهال يكون منهم الغلول فلو كان يُستحق احراق رحل الغال لاشتهر ذلك ونقل نقلا مستفيضا" .

ثم بين أصحاب القول الأول وجه ضعف الحديث الذى رواه صالح بن محمد بن زائدة واستدل به الحنابلة : فقال ابن عبدالبر[2] : "وقد رُويَ عن النبى صلى الله عليه وسلم من غل فأحرقوا متاعه واضربوه" رواه أسد ابن موسى وغيره عن الدراوردى عن صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر وقال بعض رواة هذا الحديث فيه فاضربوا عنقه وأحرقوا متاعه وهو حديث يدور على صالح بن محمد بن زائدة وهو ضعيف لايحتج به ... وحجة من ذهب الى هذا القول حديث صالح المذكور وهو عندنا حديث لايجب به انتهاك حرمة ولاانفاذ حكم مع مايعارضه من الآثار التى هى أقوى منه فأما رواية من روى فاضربوا عنقه وأحرقوا متاعه فانه يعارضه قوله صلى الله عليه وسلم : " لايحل دم امرىء مسلم الاباحدى ثلاث"[3] الحديث وهو ينفى القتل فى الغلول . وروى ابن الزبير عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال:ليس على الخائن ولاعلى المنتهب ولاعلى المختلس قطع"[4] وهذا أيضا يعارض حديث صالح بن محمد بن زائده وهو أقوى من حجة الاسناد والغال خائن فى اللغة والشريعة" .

وقال الباجى : " انفرد به صالح بن محمد وهو مدنى تركه مالك وليس ممن يحتج بحديثه"[5] .

---

(١) المبسوط (٥١/١٠)،وراجع التمهيد (٢١/٢)،شرح النووى على صحيح مسلم (١٣٠/٢) .
(٢) التمهيد (٢٢/٢ - ٢٣) .
(٣) البخارى (٣٨/٨) كتاب الديات باب (٦)،مسلم (١٣٠٢/٣) القسامة باب(٦) .
(٤) رواه الترمذى (٥٢/٤) كتاب الحدود باب (١٨) قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم . وابن ماجه (٨٦٤/٢) كتاب الحدود باب (٢٦)،والنسائى (٨٨/٨ - ٨٩) كتاب قطع السارق باب مالاقطع فيه .
(٥) المنتقى (٢٠٤/٣) .

وجاء فى سنن الترمذى[١] : "قال أبو عيسى هذا الحديث لانعرفه الا من هذا الوجه والعمل على هذا عند بعض أهل العلم ... قال : وسألت محمدا عن هذا الحديث فقال : انما روى هذا صالح بن محمد بن زائده وهو أبوواقد الليثى وهو منكر الحديث قال محمد وقد رُوِيَ فى غير حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الغال فلم يأمر فيه بحرق متاعه . قال أبو عيسى هذا حديث غريب " .

وجاء فى فتح البارئ[٢] : "وقال البخارى فى التاريخ يحتجون بهذا الحديث فى احراق رحل الغال وهو باطل ليس له أصل وراويه لايعتمد عليه" وقد ترجم البخارى[٣] فى صحيحه : " باب القليل من الغلول ولم يذكر عبد الله بن عمرو عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه حَرَّقَ متاعه وهذا أصح" فأشار بترجمته الى أن حديث عبد الله بن عمرو الذى أورده فى الباب ولم يذكر التحريق أصح من هذا الحديث"[٤] .

وأما الحديث الثانى الذى رواه سعيد بن منصور من طريق اسماعيل ابن عياش . والحديث الثالث الذى رواه أبو داودمن طريق عمر بن شعيب عن أبيه عن جده فقد ذكرنا وجه ضعفهما عند ايرادهما . فليس عند الحنابلة اذاً نص صحيح يُقَوِّي ماذهبوا اليه .

واذا ثبت ضعف الاستدلال بهذه الأحاديث فالذى يبدو لى والله أعلم أن ماذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من أن الأمر مفوض الى الامام فلو رأى تعزير الغال بتحريق متاعه فله ذلك ضعيف أيضا حيث أن دليلهم على ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حَرَّقَ وترك وكذلك خلفاؤه من بعده .

---

(١) (٦١/٤) .
(٢) (١٦٠/١٢) .
(٣) (٣٧/٤) كتاب الجهاد باب (١٩٠) .
(٤) راجع فتح البارئ (١٦١/١٢) . وانظر مزيدا من كلام المحدثين حول هذا الحديث مختصر سنن أبى داود للمنذرى (٤٠/٤) ،نيل الأوطار (٢٢٦/٩) ، شرح النووى على صحيح مسلم (١٣٠/٢)،التلخيص الحبير (١٢٦/٤) .

وقد ثبت ضعف أحاديث التحريق ولم يبق الا الترك وهو الذى دلت عليه الأحاديث الصحيحة وهو قول جمهور الفقهاء فينبغى للامام اذا أراد تعزيره وردعه أن يعزره بما يراه مناسبا فى بدنه لافى ماله خصوصا أن جنايته فى غير المال وكنا قد أسلفنا القول فى المبحث السابق أن المذاهب الأربعة وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة متفقون على أن الجناية اذا كانت فى غير المال أنه لايعاقب صاحبها باتلاف ماله أو بأخذه الا ما استثناه الحنابلة فى مسائل قليلة قد ورد نص فيها كمسألة تضعيف الغرم على السارق من الثمر المعلق وهذه المسألة التى نحن بصددها . والله أعلم .

الخاتمة

من ٧٣٧ - ٧٦٥

الخاتمة

فى الختام أحمد الله سبحانه وتعالى وأثنى عليه الخير كله وأشكره ولاأكفره على أن أسبغ عَلَىَّ نعمه ظاهرة وباطنة ووفقنى الى اتمام هذا البحث الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى جَمْعِ أحكامه وعرضها وأدعو الله سبحانه وتعالى أن يكون خالصا لوجهه الكريم، صوابا حتى يقبل ويكون من العلم النافع الذى لاينقطع ثوابه بالممات .

وفيما يلى أعرض ملخصا سريعا لأحكام تلك الأموال الواردة فى هذه الرسالة وقد حرصت أن تكون على شكل ضوابط تعطى قارئها تصورا عاما عن الأحكام التى تضمنتها هذه الرسالة وقد راعيت فيها الاختصار قدر الامكان الا أن كثرة مسائل البحث وتعدد أحكامه استدعى أن تكون هذه الصفحات، الا أن النسبة بينها وبين البحث معقولة جدا .

اللهم اجعل خير أعمالنا خواتمها، وخير أيامنا يوم نلقاك ولاحول ولاقوة الا بالله العلى العظيم .

(١) أن الاباحة الشرعية شرط لاعتبار الشئ مالا خلافا للحنفية الذين قالوا بأن الاباحة الشرعية ليست من عناصر المالية فيصح أن نطلق على المحرم أنه مال لكن نسميه غير متقوم وهذا القول يترتب عليه أحكام عندهم بالنسبة لمتلف خمر الذمى وخنزيره .

وبناء على قول الجمهور فان تعارف الناس على تمول المحرمات لايجعلها مالا لأن العرف المصادم لنص شرعى لايعتد به .

(٢) أن المنافع أموال متقومة عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا انها ليست بأموال .

وبناء على قول الجمهور فان من أتلف المنافع بغصب أو نحوه فانه تجرى عليه الأحكام الشرعية التى رتبها الفقهاء على متلف الأموال.

(٣) أن العرف له تأثير فى تكوين عنصرين من عناصر المالية وهو كون الشئ له منفعة مقصودة وله قيمة مادية بين الناس .

بناء على ذلك فان الشئ اذا كان عديم النفع فى زمان - ما - ثم صار ذا نفع فى زمان آخر أو لم تكن له قيمة بين الناس فى زمان - ما - ثم صار له قيمة فى زمان آخر صَحّ أن يطلق عليه أنه مال ورتبت الأحكام عليه بشرط توفر عنصر الاباحة الشرعية لهذه المنفعة الحادثة أو لهذا الشئ الذى صار له قيمة بين الناس فان كانت هذه المنفعة الحادثة أو هذا الشئ الذى أصبح له قيمة مادية بين الناس محرم شرعا فانه لايعتد بهذا العرف فلايأخذ حكم المال شرعا .

(٤) أن العمد والخطأ والاكراه فى أموال الناس سواء يوجب ضمانها وهو من خطاب الوضع فلا يشترط التكليف والعلم ولافرق فى الاتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم والمكره والطائع . لأن الضمان جبر للفائت وليس زجرا عن التفويت بناء على ذلك :

(أ) قال الفقهاء ان غير المكلف يضمن ما أتلفه من مال الغير الا اذا كان صاحب المال قد فرط فى المحافظة على ماله مثل أن يدفعه الى غير المكلف فحينئذ تقع تبعة التلف على صاحب المال

لأنه مفرط فى حق نفسه بتسليطه عليه مضيع لماله معرضا اياه للتلف .

(ب) أن الاكراه على اتلاف المال متى تحقق بشروطه الشرعية مسقط للاثم عن المُكْرَهِ فى الآخرة ان شاء الله تعالى أما حق صاحب المال المتلف فى ضمان ماله فانه لايسقط لأن الضمان جبر للفائت وهو على المُكْرِهِ المتسبب فى أظهر الأقوال عندى وهو ماذهب اليه بعض المالكية وأكثر الحنابلة وهو الصحيح من المذهب عندهم وهو مذهب الشافعية غير أن المُكْرَهِ قد يكون طريقا فى الضمان الا أن القرار على المُكْرِهِ المتسبب .

(جـ) أن ترخيص الشارع واباحته استهلاك مال الغير بدون اذنه لداعى الضرورة لايُسْقِط عن الفاعل المسئولية المالية ولايعفيه من ثبوت ما أتلفه أو قيمته دينا فى ذمته لمالكه فالأعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل والاباحة للاضطرار لاتنافى الضمان بخلاف ما اذا أذن المالك، ولافرق فى المُضْطَرِّيْنَ بين الغنى والفقير وهو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية فى القول المشهور .

وكذلك الحال فيمن اضطر الى اتلاف بعض الأموال لصيانة الباقى فان جواز ذلك ـ دفعا لأعظم المفسدتين بارتكاب أدناهما ـ لايعنى اهدار حق المُتْلَفِ ماله وعدم ضمانه له لأن الاضطرار لايبطل حق الغير .

(د) أن المتسبب فى اتلاف مال غيره ضامن لذلك المال متى أمكن نسبة التلف اليه بتعديه أو تفريطه فى الحفظ أو الاحتراز عما يمكن الاحتراز منه .

وعلى ذلك تخرج المسائل الآتية :

(أ) يضمن صاحب الماشية السائبة ماتتلفه من زروع وثمار الناس ليلا متى حصل منه تقصير فى حفظها دون النهار وهذا هو قول جمهور الفقهاء اجمالا . وذلك لأن من عادة الناس حفظ زروعهم بالنهار دون الليل . وحفظ مواشيهم فى الليل دون النهار ولذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الحوائط حفظها بالنهار

وان ماأفسدته المواشي بالليل ضامن على أصحابها .

غير أن القول بضمان أصحاب المواشي فى الليل دون النهار فى الجملة ليس ثابتا لايتغير بل هو تبع للعرف والعادة فلو تعود أهل بلد ارسال البهائم ليلا وحفظها نهارا أو حفظ الزرع ليلا من قبل أصحابه انعكس الحكم فيضمن صاحبها ماأتلفته نهارا دون الليل اتباعا لمعنى الخبروالعادة .

(ب) أن غير الزروع والثمار من الأموال لايأخذ حكمها فإذا أتلفت المواشي السائبة منها شيئا فلا ضمان على صاحبها لعموم حديث:"جرح العجماء جبار".وقد خُصَّ منه الزرع والثمر بحديث البراء بن عازب رضى الله عنه فلزم الوقوف عندماخُصَّ بالدليل والاقتصار عليه والأخذ بالأصل فيما عداه .

ولأن اتلافها لغير الزروع والثمار لايصلح أن ينسب الى صاحبها لأن رعى الزرع مألوف من الماشية واتلاف غيره ليس مألوفا فلم يكن مفرطا وانما المفرط من عَرَّضَ ماله للتلف وقَصَّر فى حِفْظِه.

(ج) أن من أراد اتخاذ الطيور كالحمام والنحل والدجاج ونحو ذلك فانه يلزمه حفظها وابعادها عن الناس بحيث يغلب على ظنه أنها لاتصل اليها كالبهائم . واذا لزمه ذلك فقَصَّر فى حفظها فأتلفت أموال الناس من زروع وغيرها فعليه ضمانه وهذا أظهر قولى الفقهاء فى نظرى .

(د) يضمن صاحب البهائم الصائلةوالسباع المقتناة ماأتلفته من أموال الناس اذا عهد منها الاتلاف وقَصَّر فى حفظها هذا اذا كانت مما يباح اقتناؤه فانه لايحل لأحد أن يقتنى مايضر بالمسلمين ويفسد أموالهم الا أن يتعاهده بالحفظ والصيانة .

أما اذا كان مما لايباح له اقتناؤه فهو متعد باقتنائه فيتحمل نتيجة عدوانه والله أعلم .

ومن صال على ماله بهيمة أو سبع مما يباح اقتناؤه فقتله فعليه ضمانه فى أظهر قولى العلماء وهو قول الحنفية لأن الاضطرار لايبطل

حق الغير ولأنه مال معصوم فيلزمه ضمانه ٠

(هـ) اذا كان مع الحيوان مرافق سواء كان قائدا أو سائقا أو راكبا فأتلف هذا الحيوان مال الغير فان عُرِفَ من المرافق تعد أو تقصير فى الحفظ أو فرط فيما يمكن الاحتراز منه فلم يحترز فان الجناية تنسب اليه ويلزمه ضمان المال المتلف ٠ وينبغى فى ذلك مراعاة مايأتى :

* أن الارتفاق بالطريق فى السير والوقوف جائز مشروط بسلامة العاقبة فيما يمكن الاحتراز عنه ٠
* كل مالايمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه ٠
* أن مايمكن الاحتراز عنه ومالايمكن الاحتراز عنه أمر نسبى يختلف باختلاف الناس والازمنة والأمكنة فيجب اذاً الرجوع فى تحديد ذلك الى أهل الخبرة ٠

(و) أن ضابط التضمين الذى وضعه الفقهاء رحمهم الله لوسائل النقل والركوب القديمة كالحيوانات والسفن الشراعية يمكن تطبيقه على ما استجد من وسائل نقل أو ركوب حديثة ٠

* فالسير فى الطرقات والوقوف فيها بواسطة وسائل النقل الحديثة لهحكم وسائل النقل القديمة من أنه جائز مشروط بسلامة العاقبة ٠
* أن سائق المركبة أو وسيلة النقل الحديثة مطالب بالاحتراز وعدم التفريط والتعدى ومتى خالف ذلك فانه يتحمل تبعة مانتج عن تفريطه أو تعديه أو تقصيره فى الاحتراز مما يمكن الاحتراز منه ٠

ويجب أن يلاحظ أنه قد استجدت فىوسائل الركوب والنقل الحديثة وسائل للسلامة كالمكبح والمُنَبِّه والمِقْوَد ونحو ذلك مما يجعل تحديد مايمكن نسبته الى قائد المركبة من الأفعال الضارة بالغير وعدم نسبته اليه أمرا يسيرا ٠

هذا فى حال السير ٠ ومثله حال الوقوف والحمل على المركبة وتفريغ زيوتها وشحومها فهذه أيضا قد تعارف الناس فى هذا الزمان على قوانين وأنظمة معينة وجعلوها ملزمة فمن تجاوزها أمكن أن يقال فى حقه انه متعد أو مقصر فيلزمه الضمان ٠

(ز) أن المتعدى والمفرط فى الحفر فى الطرق العامة ضامن لما تلف بسبب هذا الحفر فان أذن له الامام أو نائبه فى الحفر سواء كان لمصلحة نفسه أو لمصلحة عامة وحدد له موقع الحفر واتخذ جميع وسائل الحماية اللازمة من سياج واقية من التردى فيه ومصابيح تضىء موقع الحفر ولوحات تحذيرية حسب المتعارف عليه فان هذا يخرجه من عهدة الضمان لأنه لايمكن أن ينسب الى التعدى والتفريط اذا كان على مثل هذه الحال .

(ح) تفريط صاحب الحائط المائل على الطريق أو على مال الغير وذلك بالتَّواني عن نقضه حتى سقط فأتلف مال غيره موجب لأن يضمن ذلك المال التالف لأنه مخاطب شرعا بازالة الضرر عن المسلمين وهذا من أعظم الضرر وتفريطه فى نقضه تسبب فى اتلاف مال غيره فلزمه ضمان لأنه فى هذه الحالة يمكن أن ينسب هذا الفعل اليه .

(ط) أن اشراع الأجنحة ونحوها الى الطرق العامة فى هذا العصر مقيدة باذن الامام، بناء على ذلك، فمتى كان البروز فى المبنى مُصَرَّحاً به من قبل الجهات المسئولة صار من قبيل الجائز ولايصح نسبة الفاعل الى التعدى لأن الطريق العام لجميع المسلمين والامام نائب عنهم فيتصرف فى حقهم بما فيه مصلحتهم . أما اذا عمل الانسان فى مبناه بروزا على الطريق من غير اذن الجهات المسئولة فانه يصير بذلك متعديا ويضمن ماتلف به من مال الغير .

أما الملحقات الأخرى بالمبانى والتى تعارف الناس على اشراعها الى الطرق من غير اذن الامام فان هذه من قبيل المباح الا أنها مشروطة بسلامة العاقبة وعدم التفريط والتقصير فى تثبيتها وتوثيقها فان فرط فى ذلك ضمن ماتلف بها من مال الغير لأن الجواز الشرعى المقيد لاينافى الضمان .

(٦) (أ) سقوط الزكاة بتلف المال بعد وجوب الزكاة فيه، لكن بشرط أن يتلف قبل التمكن من الأداء وهو قول جمهور الفقهاء خلافا لما ذهب اليه الحنفية من أن التمكن من الأداء ليس بشرط .

هذا اذا تلف المال كله بعد أن وجبت فيه الزكاة أما اذا تلف بعضه والحال أن المال كان قبل التلف نصابا واحدا فقط فانه فى هذه الحالة يزكى الباقى بقسطه ولو كان أقل من النصاب وهو ماذهب اليه الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة لأن الميسور لايسقط بالمعسور .

(ب) أن اتلاف المال الذى وجبت فيه الزكاة لايُسْقِطُ ماوجب فيه وأنه اذا أتلفه صاحبه أو غيره بأى وجه من وجوه الاتلاف فانه يضمن للمساكين حقهم من الزكاة .

ويستثنى من ذلك مايأكله صاحب الزرع والثمر بعد الخرص فليس عليه زكاة فيما أكل اذا كان فى حدود المشروع وهذا هو رأى الحنابلة خلافا لجمهور الفقهاء وذلك لورود السنة الصريحة فى ذلك .

(ج) أن تلف الزكاة المعزولة بعد وجوبها كتلف بعض المال الذى وجبت فيه الزكاة لأن الزكاة المعزولة جزء من المال المراد دفع زكاته بناء على ذلك :

فإنَّ تَلَفَ الزكاة المعزولة لايُسْقِطُ الزكاة ولاتبرأ ذمة صاحبها منها الا أنها لاتحسب عليه وعليه أن يزكى الباقى بقسطه وهذا هو قول الحنفية والشافعية فى أظهر القولين عندهم .

وهذا الحكم اذا لم يكن منه تفريط فان فَرَّطَ حتى تلفت حسب عليه التالف .

(د) أن تَلَفَ زكاة الفطر قبل دفعها الى مستحقها لايسقطها ولاتبرأ ذمة صاحبها منها وهذا قول جمهور الفقهاء خلافا للمالكية الذين قالوا بسقوطها .

(هـ) تلف الزكاة المعجلة بيد الساعى أو الامام مسقط لها عن ربها وتقع مجزئة عنه وهذا قول الحنابلة لأن يد الامام أو الساعى كيد الفقير فى القبض فمتى قبضها الامام أجزأت عن الذى دفعها وبرئت بها ذمته لأنه قد أقبضها مستحقها أو من يقوم مقامه فى الوقت الذى أذن له الشارع فيه بالأداء .

(٧) (أ) هدى التطوع وهو كل هدى ساقه الرجل ليس لشئ وجب عليه أو يجب عليه في المستقبل فهذا اذا عطب فى الطريق قبل أن يبلغ محله بغير تعد منه أو تفريط فى حفظه فليس عليه بدله لأنه بتعيينه هدى تطوع أصبح واجبا معينا فى عين البهيمة المعينة دون ذمة صاحبها فاذا تلفت سقط الواجب •

هذا اذا تلف حتف أنفه أما اذا أتلفه صاحبه أو أجنبى فعليه الضمان وهو البدل للفقراء واستثنى الفقهاء من الاتلاف حالة واحدة وهو ما اذا عطب الهدى فخشى عليه أن يموت فانه يلزمه ذبحه فان لم يفعل فانه يعتبر مفرطا ويلزمه الضمان •

واذا نحره فان السنة التى وردت فى ذلك : أن يصبغ نعليها فى دمها ثم يضرب به صفحتها ليعرفها الناس ثم يخلى بينها وبين الناس يأكلونها • ولايأكل منه شيئا وكذلك من وَكَّلَهُ ولايطعم منه غنيا وكذلك لايطعم منه رفقته سواء فى ذلك الأغنياء والفقراء وهو قول جمهور الفقهاء خلافا لمن قال ان رفقته يدخلون فى قوله : " ثم خل بينه وبين الناس " لأنه قد ورد الحديث الصحيح بمنع رفقته من الأكل منه فهذا متضمن للزيادة ومعنى خاص فيجب تقديمه على عموم ماخالفه •

فإنْ خالف وأكل فان عليه ضمان ما أكل بمثله لحما ويكون الضمان بقدر ما أكل وهذا هو قول الحنابلة والظاهرية خلافا لقول مالك أنه اذا أكل منه لقمة ضمنه كله •

(ب) الهدى الواجب اذا تلف حتف أنفه قبل أن يبلغ محله أو عطب فنحره فان عليه بدله يُذْبَحُ فى محله•واذا نحره صنع به ماشاء من أكل أو بيع أو هبة أو صدقة ونحو ذلك وهو ملكه يتصرف فيه كيف شاء لأنه قصد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فاذا خرج من أن يكون صالحا لاسقاط الواجب بقى الواجب فى ذمته كما كان وهذا ملكه فيصنع به ماشاء •

هذا اذا تلف الهدى الواجب قبل بلوغه محله • أما اذا بلغ محله

فأراد صاحبه أن يستهلكه بالأكل فان جمهور الفقهاء قالوا بجواز الأكل من هدى التمتع والقران وذلك لثبوت الحديث الصحيح الصريح فى ذلك من غير معارض وهو أرجح القولين فى نظرى خلافا لمن قال بعدم جواز الأكل من هدى المتعة والقران .

أما غير دم التمتع والقران فقد قَوِيَ عندى ماذهب اليه الامام مالك من جواز الأكل من كل هدى واجب سوى جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى لورود الآثار التى تشهد لذلك .

ومن استهلك بالأكل مامنع من أكله فعليه ضمانه .

هذا اذا استهلكه بعد بلوغه محله أما اذا تلف بعد أن بلغ محله وذبحه كأنْ سُرِقَ أو غُصِبَ والحال أنه لم يفرط فقول جمهور الفقهاء أنه قد فرغ منه بذبحه وخرج عن عهدته ووقع التعدى على محض حق المساكين خلافا للشافعية الذين قالوا ان عليه ضمانه وهو مخير بين أن يضمنه بالبدل وهو أولى أو بمثله لأنه قد وجد الذبح .

أما اذا حصل منه تعد أو تفريط فقد نص الشافعية والحنابلة على أن عليه ضمانه وذلك كما لو نحره عند محله فمنع المساكين منه أو لم يخل بينهم وبينه حتى انتن وهذا القول بَيِّنٌ ظاهر .

(٨) أن من ذبح أضحيته قبل الوقت الذى يجوز له ذبحها فيه وهو الفراغ من صلاة العيد حقيقة أو حكما فانها لاتقع أضحية عنه وانما هى شاة لحم قدمها الى أهله لورود السنة الصحيحة فى ذلك .

وبناء على أن الراجح من أقوال الفقهاء أن الأضحية سنة فانه لايلزمه بدلها الا أن يتطوع بذلك الا اذا كانت هذه الأضحية التى ذبحها قد أوجبها على نفسه بنذر بأن قال لِلّه عَلَيَّ أن أذبح شاة أضحية ثم ذبح هذه الشاة عما فى ذمته قبل وقت جواز الذبح فان عليه الاعادة والحالة هذه لأنه نذر أضحية فذبحها قبل وقتها فلم تبرأ ذمته منها .

وكذلك ان نذر ذبح شاة معينة بأن قال لله عَلَيَّ أن أذبح هذه الشاة أضحية فقد أصبحت فى هذه الحالة واجبا معينا لاتبرأ ذمته منها

الا اذا ذبحها فى الوقت المشروع .

(٩) (أ) يجوز اتلاف أموال العدو من غير ذوات الأرواح وتخريب العامر وهدمه كالبنيان والحصون وقطع الأشجار وافساد الزروع وذلك من أجل اضعافه وكسر شوكته . الا اذا كان فى ذلك مضرة على المسلمين أوكان يغلب على الظن حصول ذلك للمسلمين وأن الفتح باد فانه يجب الابقاء عليها فى تلك الحالات وماشابهها لأنه افساد فى غير محل الحاجة وماأبيح الا لها .

(ب) هذا بالنسبة للعقار أما المنقول كالأمتعة والسلاح فانه لابد من اتلافه اذا عجز المسلمون عن حمله حتى لاينتفع به الكفار ويتقوون به على المسلمين .

(ج) أما أموال العدو من ذوات الأرواح فلا يجوز اتلافها وقتلها بأى وجه من وجوه الاتلاف الا أن تذبح للأكل فقط . الا فى حال القتال فيجوز اتلافها لأنه اذا جاز اتلاف الآدميين فالحيوانات من باب أولى وكذلك يجوز اتلاف حيوانات القتال اذا قاتلوا المسلمين عليها وذلك ليصل المسلمون باتلافها الى قتلهم أو الظفر بهم وهذا هو قول جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية خلافا للحنفية والمالكية الذين قالوا بجواز ذبح حيوانات العدو لقصد الافساد عليهم .

(د) يجوز للمجاهدين الأكل من طعام الغنيمة واعلاف الدواب فى دار الحرب لأنها مظنة الحاجة دون دار الاسلام وهو ماذهب اليه جمهور الفقهاء. والطعام والعلف مقيس عليه كلاهما مخصوص من عموم النهى عن الأخذ من الغنيمة بالأحاديث الصحيحة الواردة بجواز ذلك فيلزم الاقتصار عليه لأن الأصل فى الأخذ من الغنائم الحرمة لأن الأخذ من الغنيمة يُعَدُّ من الغلول المحرم الذى ورد الشرع بالتشديد فيه .

ولايجوز أيضا ذبح الحيوانات المأكولة من الغنيمة الا فى حال الضرورة أو فى حال اذن الامام وهو ماذهب اليه الحنابلة واستدلوا عليه بأدلة قوية من الأثر والنظر .

(١٠) (أ) ليس لتلف المبيع أثر بعد قبض المشترى له فى العقد الصحيح فبمجرد القبض للمبيع يستقر البيع ويصبح المبيع مالا من مال المشترى فاذا طرأ عليه تلف أو اتلاف فهو كسائر أمواله .

(ب) الا فى الزروع والثمار فانها من ضمان البائع بعد قبض المشترى لها الى وقت أمن الجائحة بتناهى الطيب وهذا عند المالكية والى وقت الجذاذ عند الحنابلة .

بناء على ذلك فاذا أجيحت الزروع والثمار بعد قبض المشترى لها وقبل أمن الجائحة فانها من ضمان البائع وهذا قول المالكية والحنابلة وذلك لورود الحديث الصريح الصحيح فى ذلك وعدم قيام المعارض .

(ج) أن المبيع قبل قبض المشترى له فى ضمان بائعه هذا اذا كان مما فيه حق توفيه كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع فاذا تلف كليا أو جزئيا ترتب عليه آثار بالنسبة لعقد البيع من انفساخ العقد اذا كان التلف كليا أو ثبوت الخيار للمشترى ان كان التلف جزئيا وهذا الحكم اجمالا هو قول الفقهاء فى المذاهب الأربعة لم يخالف فى ذلك أحد .

وانما الخلاف قد حصل فيما ليس فيه حق توفيه كالحيوان وكالعبد الحاضر والثوب الحاضر ومابيع من المقدرات جزافا فهذا وماشابهه قال الحنفية والشافعية ضمانه من البائع حتى يقبضه المشترى .

وقال الحنابلة والمالكية ضمانه من المشترى بمجرد العقد فاذا تلف فهو كسائر أمواله وهذا القول هو الأقوى فى نظرى .

(د) أن المبيع المقبوض بعقد فاسد أو باطل مضمون على المشترى بمجرد القبض وقد خالف أبو حنيفة فى البيع الباطل فقال ان المبيع فى البيع الباطل يكون أمانة فى يد المشترى بعد قبضه له وبقوله أخذت مجلة الأحكام العدلية الاآن الفتوى فى المذهب الحنفى على قول الصاحبين .

(١١) ان تلف المبيع واتلافه فى مدة الخيار قد رتب الفقهاء عليه آثارا

كثيرة وأكثر بعضهم من التفصيل والتفريع كالحنفية والمالكية ولاأرى هذه العجالة تتسع لذكر هذه الآثار لكثرة الصور والفروع عليها .

(١٢) (أ) أن تلف المبيع المعيب تلفا كليا مسقط لخيار الرد بالعيب الاأن للمشترى الرجوع بأرش النقص على البائع . وهذا قول عامة الفقهاء .

(ب) واختلفوا فيما اذا تلف المبيع المعيب تلفا جزئيا أو حصل به عيب آخر بعد أن قبضه المشترى وقَبْل علمه بالعيب القديم فهل التلف الجزئى مانع من الرد بالعيب القديم أو لا ؟

إختلف الفقهاء فى ذلك وأقوى الأقوال عندى ماذهب اليه الحنفية والشافعية والامام أحمد فى رواية عنه الى أن العيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم .

واذا امتنع الرد فان المشترى أيضا لايُكَلَّف الرضا به معيبا وقد ذكرنا مايمكن عمله فى هذه الحالة فى موضعه وفى ذلك نكون قد راعينا جانب البائع وجانب المشترى وجمعنا بين حقيهما فى رفع الضرر عنهما وهذا هو الموافق للأصول والقواعد فى الشريعة الاسلامية السمحة .

(١٣) (أ) أن يد المستأجر على العين المستأجرة فى مدة الاجارة يد أمانة لايضمنها اذا تلفت الا اذا تعدى فى ذلك أو فرط . وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لأن حكم كل عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده ومالم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده .

(ب) وكذلك الحال بعد انتهاء الاجارة فان يد المستأجر على العين يد أمانة لايضمنها اذا تلفت الا بالتعدى والتفريط .

(ج) بمجرد تمكن المستأجر من استيفاء منفعة العين المستأجرة فان المنافع تدخل فى ضمانه وتستقر عليه الأجرة كاملة سواء عَطَّلَهَا أو استوفاها وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لأن فاسد كل عقد

كصحيحه فى الضمان وعدمه . خلافا لقول الحنفية ان الأجر فى الاجارة الفاسدة لايجب الا بحقيقة الانتفاع .

ودخول المنافع فى ضمان المستأجر بمجرد تمكين المؤجر له مقيد عند جمهور الفقهاء بما اذا لم يحصل عذر عام يمنع استيفاء المنافع خلافا للشافعية الذين قالوا لافرق فى تعطيل المنفعة أن يكون بعذر أو بغير عذر .

(د) الجائحة اذا أصابت العين المؤجرة فمنعت من استيفاء المنفعة بالكلية أو أثَّرَتْ على عملية استيفاء منافع العين المستأجرة فان الفقهاء قد رتبوا على ذلك أحكاما بالنسبة لعقد الاجارة وكذلك بالنسبة للأجرة .

فتنفسخ الاجارة بتلف العين المستأجرة المعينة تلفا كليا وتسقط الأجرة الاأن يكون قد مضى من المدة مايقابله أجر فحينئذ تنفسخ الاجارة فى المدة الباقية ويلزمه دفع الأجرة للمدة الفائتة .

أما اذا حصل فى العين المعينة شئ يمنع استيفاء منافعها فى بعض الوقت فانه يسقط عن المستأجر بحساب التعطل من الأجر لأن المقصود من عقد الاجارة هو استيفاء منافع العين فى مدة الاجارة كاملة فاذا تمكن من الاستيفاء فى بعض المدة دون بعض صار قابضا للبعض دون البعض فلزمته الأجرة فيما قبض دون ماتعذر قبضه .

(هـ) يلزم المستأجر عند انتهاء المدة أن يسلم العين المستأجرة فارغة غير مشغولة حتى لو ترتب على ذلك تلف المال الذى شغل به العين المستأجرة واستثنى الفقهاء من ذلك ماله أمد ينتهى اليه كالزرع فان المستأجر لايؤمر بالتفريغ حتى يتم زرعه لكن يلزمه أن يدفع للمؤجر أجرة مثل المدة الزائدة . وهذا قول الفقهاء فى الجملة والا فان لبعضهم استثناءات وتقييدات مهمة ذكرناها فى موضعها .

ولايجبر المؤجر على تقبل ماأحدثه المستأجر فى العين المستأجرة فى أظهر القولين فى نظرى سواء كان المؤجر قد أَذِنَ له فى الإِحْدَاثِ أو لم يأذن له لأنه أذن له ليرتفق وربما لو لم يأذن له أصابه

حرج عظيم فهو محسن اليه وماعلى المحسنين من سبيل وهذا هو قول الحنفية والمالكية .

واذا لزم المستأجر النقض فان عليه تسوية مافسد من جراء النقض فيُسلِّم العين كما استلمها .

أن المستأجر اذا لم يكن له منفعة من أنقاض ما أحدث فانه يجبر على عدم النقض وهذا ماذهب اليه الحنفية والمالكية وهو رأى حسن جدا فى نظرى لأن النقض فى هذه الحالة يعتبر من الضرار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(و) أن يد الأجير الخاص والأجير المشترك على العين المستأجر للعمل فيها يد أمانة وقول من قال بتضمين الأجير المشترك ماتلف من أموال الناس تحت يده انما هو مراعاة للمصلحة العامة واحتياطا لأموال الناس نظرا لفساد الزمان وكثرة خيانة الأجراء وقد صرح الفقهاء بذلك .

وبناء عليه فان أظهر الأقوال فى نظرى تضمين الأجير المشترك اذا وجدت التهمة وعدم تضمينه اذا انتفت التهمة وهو ماذهب اليه المالكية لأن فى هذا مصلحة عامة لجميع المسلمين والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .

(١٤) أن المهر المعين فى يد الزوج قبل قبض المرأة له أمانة لايضمنه اذا تلف الا أن يتعدى أو يفرط لأن الزوجة ملكت المهر المعين بمجرد العقد وهذا هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والظاهرية وأما قول المالكية بأنه من ضمان الزوج فهو ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يسقط الضمان بقيام البينة .

(١٥) تعطل الأوقاف وخرابها هل يُجَوِّز بيعها واستبدالها بمثلها أم لا ؟

أظهر البحث أن الفقهاء فى ذلك طرفان فمن متشدد فى أمر بيع الوقف وابداله اذا تلف أو تعطلت منافعه انطلاقا من قاعدة سد الذرائع ومن مُرَخِّص فى بيعه واستبداله انطلاقا من قاعدة جلب المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتقليلها فالضالة المنشودة واحدة وهو

تحصيل المصلحة للوقف وأهله بناء على ذلك :

(أ) اختلف الفقهاء فيما اذا خرب المسجد أو تعطل هل يباع ويبدل أم لا ؟ والذى ظهر لى بعد عرض أقوال الفقهاء جواز بيع المسجد واستبداله بمثله اذا تعطلت منافعه بخراب ومافى معناه وهو ماذهب اليه الحنابلة وذلك لقوة ما استدلوا به وعدم جواز بقاء المسجد متعطلا خرابا مع حاجة المسلمين اليه وعدم قيام الدليل الصحيح المعارض بل قد ورد الدليل الصحيح فى نقل المسجد وتحويله .

(ب) العقار الموقوف غير المسجد اذا خرب وتعطلت منافعه وصار بحيث لايَرِدْ على الموقوف عليهم شيئا وتعذرت عمارته وعود نفعه فانه يباع ويستبدل به وقف آخر يكون مكانه وهو ماذهب اليه الحنابلة فى الصحيح من المذهب . وهذا القول وان كان قد يوقع فى محذور حاول بعض فقهاء المالكية والشافعية على الخصوص تلافيه باغلاق باب بيع الوقف والمناقلة بها الا فى حدود ضيقة جدا وهذا المحذور هو تسلط بعض الولاة الظلمة وقضاة الجور والنظار الذين لايخافون الله على الأوقاف ببيعها وأكل أثمانها أو نقلها من مكانها الى مكان آخر مع أن المكان الأول أكثر غلة وأحسن صقعا بقصد الاستيلاء على هذا المكان واستغلاله لأنفسهم . الا أن هذا يوقع فى محذور آخر فان بقاء الأوقاف خرابا لايستفاد منها بشئ ضياع مال لاتقتصر مضرته على الوقف وأهله بل يتعدى ذلك الى اقتصاد الدولة الاسلامية فيلزم اذا تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام والله رقيب على كل انسان وهو يعلم المفسد من المصلح .

(ج) الوقف المنقول يجوز بيعه واستبداله اذا خرب وصار بحيث لايستفاد منه الفائدة المرجوة للموقوف عليه وهذا قول عامة الفقهاء حتى من تشدد منهم فى أمر بيع العقار الموقوف واستبداله والمناقلة به وأغلق بابه مثل فقهاء المالكية والشافعية . وان كان قد خالف من علمائهم فى المنقول من خالف وقال بعدم جواز البيع كالعقار الا أن المعتمد فى المذهب خلاف ذلك .

ماسبق اجماله هو فى تلف العقار بسبب غير مضمون . أما اذا أتلف العقار الموقوف :

(أ) فانه يلزم متلفه الضمان ويؤخذمنه ويشترى به مايقوم مقامه فان الوقف مضمون باتفاق الفقهاء ولافرق فى ذلك بين العامد والمخطىء لأن هذا من خطاب الوضع فلا يشترط فيه التكليف .

وقد استثنى بعض الفقهاء ماتلف بالاستعمال المأذون فيه فانه لاضمان على متلفه وهذا رأى الحنابلة والشافعية .

(ب) هدم العقار الموقوف للمصلحة اختلف الفقهاء فيه والذى يقوى عندى ماذهب اليه شيخ الاسلام ابن تيمية أنه متى اقتضت المصلحة بيع العقار الموقوف واستبداله ومناقلته أن ذلك جائز لكن بشرط أن تكون تلك المصلحة المجلوبة أو المفسدة المدفوعة محققة غير موهومة وأن تكون متعينة بحيث تُنْسَدُّ جميع السبل الأخرى المشروعة أصلا ولايبقى سوى هدم العقار الموقوف وهذا هو الذى يتناسب مع قواعد الشريعة الاسلامية وأصولها فان الأصل فى الشريعة الغراء تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ،والقاعدة فى اجتماع الضررين وتقابلهما أن يُسْقِطَ الأصغرُ الأكبرَ ولاأكبر من شىء يسبب الحرج والضيق على المسلمين ويلحق المشقة بهم .

(١٦) (أ) أن العين المستعارة أمانة فى يد المستعير لايضمنها اذا تلفت الابالتعدى والتفريط وهذا هو قول الحنفية والظاهرية خلافا للحنابلة والشافعية الذين يفرقون بين تلفها فى حال الاستعمال وبين تلفها فى غير حال الاستعمال . فقالوا اذا تلفت فى غير حال الاستعمال فعليه ضمانها مطلقا سواء تعدى أو لم يتعد فرط أو لم يفرط وهذا تفريق ضعيف فى نظرى .

وأما تضمين المالكية للمستعير فهو ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يسقط بقيام البينة على أن المستعير لم يتعد أو يفرط فى العين المستعارة فيكون الأصل عندهم أن يده يد أمانة .

(ب) أن المستعير يبرأ من ضمان العارية اذا ردها الى من جرت عادة

الناس بالرد اليه سواء كان صاحبها أو عياله أو وكيله فالعرف والعادة هو المُحكَّم فى هذه المسألة وقد نص الفقهاء على ذلك .

(ج) رجوع المعير فى عاريته اذا ترتب عليها تلف مال المستعير فهذا لايخلوا من احدى حالتين :

(الأولى) أن يكون ما أحدثه المستعير فى العين المعارة له أمد ينتهى اليه كالزرع فى الأرض المعاره فهذا قد اتفق الفقهاء على أنه لايحق للمعير الرجوع فى عاريته حتى يُحْصَدَ الزرع الا أن له الحق فى أن يتقاضى أجرة المثل من يوم رجوعه الى أوان التفريغ وهذا قول جمهور الفقهاء وهو الأقوى لأن فيه جمع بين الحقيق ورعاية لمصلحة الطرفين خلافا للمالكية الذين قالوا لايستحق أجره .

(الثانية) ماليس له أمد ينتهى اليه فهذه يجب أن يراعى فيها القواعد المقررة فى الفقه الاسلامى ومن أهمها قاعدة "لاضرر ولاضرار" والقواعد الفقهية المتفرعة عن أصل هذه القاعدة وهى :

أن الضرر يزال بقدر الامكان ، الضرر لايزال بالضرر، يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأكبر وقد قمت بتطبيق هذه القواعد على هذه المسألة فى موضعها .

(١٧) (أ) أن العين المرهونة فى يد المرتهن أمانة فلا ضمان عليه إذا تلفت الا أن يتعدى فيها أو يقصر فى حفظها وهو القول الذى ذهب اليه الشافعية والحنابلة والظاهرية ولايبعد عنه مذهب المالكية حيث أنهم وان قالوا ان المرتهن ضامن فهذا ضمان تهمة لاضمان أصالة ولذلك يبرأ منه بقيام البينة فكان الأصل عندهم أن المرهون أمانة فى يده كقول الشافعية والحنابلة والظاهرية فيكون هذا القول هو قول جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا هو مضمون على المرتهن فى الجملة مستدلين بأدلة غير مسلمة وفيها نظر كثير .

(ب) إذا تلف المرهون فى يد المرتهن قبل أن يستحق الفكاك أما إذا استحق الفكاك بأى وجه من وجوه الاستحقاق كقبض المرتهن ماله

من دين على الراهن أو ابراء المرتهن للراهن ونحو ذلك ففى هذه الحالة يبقى المرهون فى يد المرتهن أمانة لايضمنه الا بالتعدى والتفريط وهو قول الشافعية والحنابلة لأن الأصل أنه فى يد المرتهن أمانة والقاعدة بقاء ماكان على ماكان ولاطوارىء تستدعى اختلاف الحكم وهذا ماظهر لى رجحانه من أقوال الفقهاء .

(ب) ماسبق ذكره فى المرهون/اذا تلف أما اذا أتلف فان على المتلف الضمان لاخلاف بين الفقهاء فى ذلك فيضمن بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا ويجعل المثل أو القيمة رهنا بدل الرهن المتلف والراهن والمرتهن فى الضمان اذا أتلفاه كالأجنبى على حد سواء .

هذا اذا كان المتلف أصل المرهون . أما نماؤه فقد وقع الاختلاف بين الفقهاء تبعا لاختلافهم فى ملك نماء ومنافع العين المرهونة لمن هى هل للراهن أو للمرتهن وقد ظهر لى من البحث رجحان قول من قال ان النماء والمنافع ملك للراهن فيجوز له أن يستوفى منافع الرهن ويستهلك النماء من غير أن يضر ذلك بالعين المرهونة وهو ماذهب اليه المالكية والشافعية والظاهرية .

بناء عليه ليس على الراهن ضمان ما استهلكه من نماء الرهن أو استوفى من منافع اذا لم يضر ذلك بالعين المرهونة .

(١٨) (أ) أن الوديعة فى يد المُودَع أمانة فاذا تلفت من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه لاخلاف بين الفقهاء فى ذلك .

(ب) أن رد الوديعة المبرىء من الضمان هو ردها الى المالك باتفاق الفقهاء أما اذا ردها الى من يحفظ ماله فى العادة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ويقوى عندى ماذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية من أنه لايبرأ من الضمان الا بدفعها للمالك فقط لأن المالك حينما خَصَّه بحفظ الوديعة فقط فقد رضى بأمانته دون غيره ولو رضى بأمانتهم لدفعها اليهم ليحفظوها له لقربهم منه ولأنه ربما يكون فى دفعها اليه معنى آخر غير كونه أمينا عليها أكثر من غيره وذلك مثلكونه لايريد أحدا ممن حوله

يعلم بتلك الوديعة كما أشار الى ذلك الحنفية وفى اعادتها الى غير المالك تفويت لغرضه .

(١٩) يد الوكيل على المال المُوكَّلِ عليه يد أمانة لايضمن اذا تلف هذا المال الاأن يكون متعد فى ذلك أو مفرط .

(٢٠) (أ) يد المضارب على مال المضاربة يد أمانة لايضمن اذا تلف هذا المال الا أن يكون متعد فى ذلك أو مفرط لأنه متصرف فى مال غيره باذنه لايختص بنفعه فكان أمينا كالوكيل .

وقد استثنى بعض الفقهاء مايأكله العامل من مال المضاربة فى السفر فهذا وان كان فيه اتلاف جزئى لمال المضاربة من قبل العامل وهو من قبيل التعدى على هذا المال الا أنهم قد قالوا بجوازه وهذا قد قال به الحنفية والمالكية وبعض الشافعية . وخالف فى ذلك الحنابلة وهو المذهب عندهم وبعض الشافعية وهو أظهر القولين عندهم فقالوا لانفقة للمضارب من مال المضاربة وليس له أن يأكل منه فى السفر كما ليس له أن يأكل منه فى الحظر وهذا أظهر القولين فى نظرى بناء عليه :

فليس للمضارب أن يأكل من مال المضاربة الا فى السفر باذن من رب المال أو شرط فى العقد يوجب له النفقة فيه وهو ما استثناه الحنابلة أو عادة تقوم مقام الشرط وهو ما أضافه شيخ الاسلام ابن تيمية وقَوَّاهُ المرداوى فان كان كذلك جاز له والا فلا وعليه ضمان ما استهلكه من مال المضاربة .

(ب) تلف المال تلفا كليا قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء ينْهِي عقد المضاربة لاخلاف بين الفقهاء فى ذلك .

(ج) تلف المال تلفا جزئيا قبل تصرف العامل فيه بالبيع والشراء اذاكان بآفة سماوية فان المضاربة تنفسخ فى التالف ويكون رأس مال المضاربة هو الباقى ولايجبر من الربح وهذا قول الحنابلة والأصح من الوجهين عند الشافعية وهو أظهر القولين فى نظرى خلافا للمالكية الذين قالوا انه يجبر التالف من الربح الا اذا استلم رب المال

الباقى بعد التلف من المضارب ثم دفعه اليه من جديد .

(د) تلف مال المضاربة تلفا كليا بعد تصرف العامل فيه بالبيع والشراء يؤدى الى انفساخ العقد وانتهائه . الا اذا اشترى المضارب عرضا للمضاربة ثم تلف المال كله قبل نقد الثمن فجمهور الفقهاء على أن المضاربة على حالها خلافا للمالكية الذين جعلوا الخيار لرب المال بين أن ينقد ثمن السلعة المشتراه وتكون السلعة قراضا وبين أن يتركها وينهى عقد المضاربة ومن ثم يكون المضارب هو المُطَالَبُ بدفع الثمن . والذى ظهر لى رجحانه هو قول جمهور الفقهاء . ومن ثم اختلف الجمهور هل يكون رأس المال التالف والمدفوع ثمنا للسلعة بعد التلف . أو هو المدفوع بعد التلف فقط الذى ظهر لى ماذهب اليه الحنفية والشافعية فى أحد الوجهين من أن رأس المال هو التالف والمدفوع ثمنا للسلعة بعد التلف وبناء عليه فان العامل لايستحق شيئا من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله الأول مضموما اليه الثانى وهو ماغرم بعد التلف كما لو لم يتلف كل المال .

(هـ) تلف مال المضاربة تلفا جزئيا بعد تصرف العامل فيه بالبيع والشراء لاينهى عقد المضاربة باتفاق الفقهاء الا أن التالف يحسب من الربح فلا يستحق العامل شيئا من الربح حتى يستوفى رب المال رأس ماله كله .

(٢١) (أ) الوصى أمين على مال اليتيم يسعى لتنميته واستثماره بالأحظ لليتيم وينفق عليه بالمعروف ويلزمه أن يحافظ عليه كما يحافظ على أمواله ولايعرضه للتلف والضياع فان فرط فى ذلك أو تعدى فعليه الضمان .

(ب) الوصى الغنى لايجوز له أن يأخذ من مال اليتيم شيئا لاخلاف بين العلماء فى ذلك .

(جـ) الوصى الفقير يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم بالمعروف اذا كان محتاجا الى ذلك فى أظهر قولى العلماء عندي لورود السنة الصحيحة

فى ذلك .

وليس على الفقير عوض ما أخذه من مال اليتيم اذا أيسر وهذا هو أظهر القولين عند الشافعية والصحيح من المذهب عند الحنابلة وصححه ابن العربى والقرطبى من المالكية وابن قدامة من الحنابلة .

(د) أن مخالطة اليتيم فى المأكل والمشرب متفق على جوازها بين العلماء حتى الذين قالوا بأنه لايجوز للفقير أن يأخذ من مال اليتيم قد ذهبوا الى جواز الخلط .

(٢٢) (أ) أن يد الشريك على مال شريكه يد أمانة فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فى ذلك أو يفرط وهذا قول جميع الفقهاء .

(ب) ماذهب اليه الحنابلة من أن شركة المفاوضة والعنان تلزم بمجرد العقد هو أقوى الأقوال فى نظرى وبناء عليه فان المال يدخل فى ضمان الشريكين ولو لم يخلط فكما أن الربح اذا حصل بعد العقد وقبل الخلط،يكون بينهما فكذلك الوضيعة اذ لاوجه للتفريق بين الربح والوضيعة فى كون الربح بينهما والوضيعة قبل الخلط على أحدهما .

(ج) تلف المال فى شركة الأبدان فى ضمان من تلف بيده متى لزمه الضمان وليس على شريكه شئ من ذلك اذا لم يكن منه سبب لأن من انفرد بما يوجب الضمان لزمه وحده وأما تحميل شريكه بعض الضمان مع أنه لم يصدر عنه مايوجبه فهذا يحتاج الى دليل وليس هناك مع من يقول به دليل على ذلك .

(٢٣) الأكل من الثمار المعلقة فى البساتين والشرب من اللبن المخزون فى الضروع انفرد الحنابلة بالقول بجوازه مستدلين بأحاديث لاتخلو من علة الاأنها وكما يقول ابن حجر بمجموعها لاتقصر عن درجة الصحيح يقابلهم فى ذلك جمهور الفقهاء الذين قالوا لايجوز للانسان أن يأكل من مال غيره مطلقا الا ماطابت به نفسه أو كان مضطرا اليه مستدلين على مذهبهم بأحاديث صحيحة والذى ترجح لى أنه يتعين الجمع بين الأحاديث التى أوردها الحنابلة والأحاديث التى أوردها الجمهور بحمل أحاديث الحنابلة على حالة المضطر أو كونه يعلم طيب نفس

صاحبه فيه أو كانت هناك عادة جارية بعمل ذلك فانه يجوز والا فان الأصل المنع لقيام الدليل الصحيح على ذلك ٠

(٢٤) (أ) أن اللقطة أمانة فى يد الملتقط فاذا تلفت فى يده من غير تعد منه أو تقصير فى الحفظ فلا ضمان عليه فى ذلك ٠

(ب) أن الملتقط يخرج من حال الأمانة الى حال الضمان اذا التقطها عازما على تملكها فاذا تلفت ضمنها سواء تلفت بتعديه أم لا بتفريطه أم لا ٠ لأنه بذلك الفعل خارج عن حدود الأمانة ٠

(ج) لاخلاف بين الفقهاء فى جواز تملك اللقطة بعد التعريف المدة المشروعة ملكا يزول بمجىء صاحبها واذا تملكها بعد التعريف فان له أن يتصرف فيها كما يتصرف فى ملكه سواء كان غنيا أو فقير وهو ماذهب اليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية الذين قالوا انه يتصرف فيها بما شاء الا أنه لايجوز له أن يتصرف فيها بالأكل الا اذا كان فقيرا ٠

وبناء على قول جمهور الفقهاء فانه اذااستنفقها بالأكل أو غيره ثم جاء صاحبها فانه يضمنها له لورود السنة الصحيحة بذلك ٠

هذا اذا تملكها بعد التعريف واستنفقها أما اذا لم يتملكها بعد التعريف بل حبسها عنده فسبيلها سبيل الوديعة تكون أمانة عنده لاتضمن الا بالتعدى أو التفريط وهذا على قول من قال من الفقهاء انه لايملكها بعد الحول الا بنية التملك ٠

أما على قول من قال انها تدخل فى ملكه بعد الحول حكما كالميراث وهو مذهب الحنابلة فقد قال انها اذا تلفت بعد الحول لزمه ضمانها سواء تلفت بفعله أم بغير فعله بسبب تفريطه أم بغير سببه ٠

(د) أن ضالة الحيوان التى لاتمتنع من السباع كالشاة ومافى حكمها اذا التقطها انسان فان له أكلها من غير تعريف وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة خلافا للحنفية الذين لم يفرقوا بين ضالة الحيوان وسائر اللقطة وجعلوا حكمها واحدا من

حيث التعريف وعدمه .

وبناء على قول الجمهور فان الملتقط اذا أكل ضالة الحيوان ثم جاء صاحبها فان عليه ضمانها له وهذا قول فقهاء الشافعية والحنابلة خلافا لما ذهب اليه الامام مالك من أنه اذا أكلها لايغرم لصاحبها شيئا اذا كان قد وجدها فى فيافى الأرض . ويقول مالك قال ابن حزم الظاهرى الاأنه لم يفرق بين مكان ومكان . الاأن قول جمهور الفقهاء هو أرجح القولين فى نظرى لقوة ما استدلوا به وضعف أدلة المعارض .

(٢٥) لاخلاف بين الفقهاء أن ازالة وتغيير كل محرم من الأعيان أوالتأليف واجب وليس على متلف المحرم ضمان لأنه ليس بمال ومن ثم لايكون مقابلا بثمن .

الاأن هذه المحرمات تكون حَالّةً فى أشياء هى أموال متقومة فهل يجوز اتلاف محل المحرم تبعا للمحرم اختلف الفقهاء فى ذلك والذى ظهر لى من البحث مايلى :

(أ) بالنسبة لأوانى الخمر :

* أنه لاخلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز للامام اتلاف دنان الخمر وأدوات صناعته عقوبة لصاحبها ومبالغةفى زجره عن مثل هذا الفعل بناء على أن حيازة الخمور وكذا صناعتها من المعاصى التى يجب على الامام رفعها وازالتها وقاعدة التعزيرات الشرعية ولله الحمد واسعة .

* أن تلك الأدوات والأوانى اذا كانت لاتصلح الالصناعة الخمر فانه يتعين اتلافها ومن أتلفها وغيّر هيئتها فلاضمان عليه سواء كان الامام أو غيره من المسلمين وهذا أيضا لاخلاف فيه بين الفقهاء .

* أنه لاخلاف بين الفقهاء أيضا فى أن من لم يقدر على اراقة الخمر وشق ظرفه الا بالكسر أو الشق أن له ذلك ولاضمان عليه .

* الخلاف حصل فيمن كسر دِنّ الخمر أو شق ظرفه بغير اذن الامام مع استطاعته أن يريق الخمر من غير اتلاف محله أو ظرفه ومع صلاحية

هذا المحل لغير الخمر وامكان تطهيره بالغسل والذى ترجح لدى من أقوال الفقهاء أن هذه الأوانى لاحرمة لها بمجاورتها للمحرم والتصاقها به ولايصح اعتبار ماستؤول اليه بعد غسلها وتطهيرها .

بناء عليه فان المسلم اذا احتسب وأتلف الخمر ودنها أو شق زقها فلاضمان عليه فى ذلك لسقوط حرمتها بمجاورة المحرم وهو ماذهب اليه الحنابلة فى الراجح عندهم خلافا لجمهور الفقهاء الذين قالوا ان عليه الضمان فى ذلك .

(ب) بالنسبة لاتلاف المادة المصنوعة منها الملاهى :

أن من أتلف أدوات اللهو من المعازف ونحوها وأتلف معها مادتها المصنوعة منها بتحريق ونحوه أنه لاضمان عليه وهو قول الصاحبين من الحنفية وعليه الفتوى عندهم لفساد الزمان . وهو مذهب الحنابلة نص عليه الامام أحمد فى أشهر الروايتين عنه . وكون رضاضها فيه منفعة فهذه لاتعتبر لغلبة المفسدة عليها وهذا فى زمان من قال بهذا القول من الفقهاء . أما فى زماننا هذا فان الناس لايتمولون مثل رضاض تلك الأشياء ولاينتفعون به وبذلك تفقد عنصرين من عناصر المالية وهما عدم اباحة الانتفاع شرعا،وعدم تمول الناس لرضاضها فى زماننا فلا تكون مالا .

(ج) بالنسبة لاتلاف محل الصور المحرمة تبعا لها :

* الصورة اذا كانت لذوات الأرواح ولم يكن لها ظل فهى محرمة سواء كانت فى حال ممتهن أو غير ممتهن فلافرق جمعا بين الأحاديث الواردة فى هذا الباب وهو ماذهب اليه بعض العلماء وقواه النووى بناء على ذلك فانه يتعين تغيير هيئتها وازالتها والذى نص عليه العلماء أن التغيير يكون بطمسها أو حكها أو تلطيخها بما يغير هيئتها دون اتلاف محلها وهذا هو الذى تشهد له سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

* أن ماله ظل من الصور كالتماثيل المعبودة دون الله فهذه يجب تغيير هيئتها . أما اتلاف مادتها فان كانت تلك المادة المصنوعة

منها هذه التماثيل مرادة لذاتها من غير صناعة كالذهب والفضة والنحاس ونحو ذلك أنها لاتتلف بالتحريق ونحوه بل تغير هيئتها وتدفع لصاحبها . أما اذا كانت تلك المادة تابعة للصناعة ولاتراد لذاتها بل المقصود الصناعة فهذه يجوز اتلاف مادتها تبعا لها .

أما الصور المصورة التى تلعب بها البنات فقد ظهر لى من البحث أن مثل هذه الصور وخصوصا فى مثل هذا الزمان غير مستثناة من عموم النهى عن اتخاذ الصور وحرمة التصويروالفقهاء الذين قالوا باستثناء لعب البنات من عموم النهى لو عاشوا فى عصرنا هذا وشاهدوا ماشاهدنا من تطور المصانع فى صناعة اللعب للبنات وذلك باحداث مالاتحتاج اليه البنت فى عملية التدريب والتمرين لقالوا بحرمة هذه اللعب لأن فيها مضاهاة لخلق الله تعالى . بناء على ذلك :

فانه يجب انكارمثل تلك اللعب المصورة على الصناع والباعة والمستوردين وتغيير هيئتها ومن فعل ذلك من المسلمين فلا ضمان عليه لأنه محسن وماعلى المحسنين من سبيل الاأن مثل هذا الانكار يجب أن لايصدر الا من الامام أو نائبه قطعا لدابر النزاع والفوضى .

والذى يظهر لى أيضا أنها لاتتلف مادتها المصنوعة منها تبعا لها وذلك بالتحريق ونحوه لامكان استفادة صاحبها منها خصوصا اذا كانت الكمية كبيرة وذلك ببيعها الى المصانع التحويلية والتى تقوم باعادة المصنوعات القديمة الى مادة خام بالصهر والتذويب أو بالطحن ونحو ذلك .

* بالنسبة لاتلاف مواضع الشرك وأماكن المعصية وتحريقها :

لاخلاف بين العلماء فى أنه يتعين على الامام تعطيل مواضع الشرك وأماكن المعصية بتغيير صورتها واخراجها عما وضعت له ان أمكن ذلك ،والا فبهدمها واتلافها .

* بالنسبة لاتلاف الكتب الهدامة ونحوها :

ظهر لى من البحث أن المطبوعات على الورق اذا تعين اتلافها

أن الأولى أن يكون بتمزيقها أو مسح ماعليها مما يخالف الاسلام ومن ثم تكون كسائر الأموال وهذا ماذهب اليه الشافعية وهذا رأى حسن لامكان الاستفادة من هذا الورق اذا كانت الكمية كبيرة فى الصناعات التحويلية أو كمواد أولية فى صناعة الورق أو التغليف ونحو ذلك ٠

أما المطبوعات على الأشرطة والأفلام فهذه يكون بمسح ماعليها من مواد اعلامية فاسدة وذلك بتسجيل مواد أخرى كالمحاضرات والدروس والخطب والمواعظ النافعة ونحو ذلك ٠

الا اذا رأى ولى الأمر أو من يقوم مقامه أن المصلحة فى تحريقها عقوبة لصاحبها ومبالغة فى ردعه وزجره عن مثل هذه الأعمال فانه يجوز له ذلك ان شاء الله تعالى لأن قاعدة التعزيرات فى الشريعة الاسلامية واسعة ولله الحمد ٠

(٢٦) أن على السارق والمحارب ضمان ماأتلفه من أموال الناس سواء أقيم عليه الحد أم لم يقم عليه وسواء كان موسرا أم معسرا فان كان معسرا أُتْبِعَ ذلك دينا فى ذمته وهذا هو قول الشافعية والحنابلة وهو أظهر الأقوال عندى لقوة ما استدلوا به وسلامته من الايراد عليه مع ضعف أدلة المعارض ٠

(٢٧) (أ) أن ماتلف من مال فى حال القتال بين أهل البغى وأهل العدل هدر لاضمان فيه على الطرفين وهذا كله اذا كان البغاة لهم شوكة ومنعة ولهم تأويل فى خروجهم على الامام وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء ٠

(ب) أما فى غير حال القتال مثل أن يكون الاتلاف من احدى الطائفتين قبل التجمع والتجند أو بعد أن تضع الحرب أوزارها فهذا مضمون بالاتفاق ٠

(٢٨) اختلف الفقهاء فى تضمين المرتدين ماأتلفوه من أموال المسلمين والذى ظهر لى من البحث رجحان ماذهب اليه الحنفية واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية وابن قدامة من الحنابلة وحمل كلام الامام أحمد ليوافقه وهو أنه لاضمان على المرتدين فيما أتلفوه من مال المسلمين حال القتال وهذا الحكم اجمالا والا فان لبعض الفقهاء بعض التقييدات

المهمة التى ذكرناها فى موضعها ٠

(٢٩) الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن يد الغاصب على العين المغصوبة يد ضمان فالمال المغصوب يدخل فى ضمانه بمجرد استيلائه عليه وهو مخاطب برده الى صاحبه فى كل لحظة لأن بقاءه فى يده بغير رضى صاحبه محرم شرعا ٠ فاذا رد الغاصب المال المغصوب الى صاحبه الرد المبرئ شرعا فانه يبرأ من ضمانه وان عجز عن الرد فانه يتقرر عليه الضمان حينئذ والذى ظهر لى من البحث :

(أ) أن تغيير الغاصب للمال المغصوب وذلك باحداث صنعة متقومة فيه ـ وهو مايعبر عنه بعض الفقهاء باتلافه معنى لاصورة ـ أن ذلك لايسقط حق المغصوب منه فى استرداده خلافا للحنفية الذين قالوا ان الغاصب يملك المغصوب بهذا العمل ٠

واذا ثبت له حق الاسترداد فان ماذهب اليه بعض الفقهاء واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله من جعل الخيار للمالك فى الاسترداد مع الأرش ٠ أو تركه للغاصب وتغريمه بدله مذهب قوى فى نظرى لأن فى ذلك مراعاة لحق المالك من كل وجه أما الغاصب فليس له حق فلا يستوجب المراعاة ٠

(ب) أن زوائد المغصوب مضمونة على الغاصب اذا تلفت فى يده وهو ماذهب اليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية ٠

(ج) أنه يتصور الغصب فى العقار وهذا قول جمهور الفقهاء خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف حيث قالا لايتصور غصب العقار ٠

وبناء على قول الجمهور فمن غصب عقارا فتلف فى يده فعليه ضمانه لربه ٠

(د) رد العين المغصوبة اذا ترتب عليها اتلاف مال الغاصب ٠

* كل مايحدثه الغاصب فى العين المغصوبة مما يراد للدوام يلزمه قلعه اذا طلب مالك العين القلع ٠

* لايجبر الغاصب تمليك المغصوب منه ماأحدثه فى العين المغصوبة لورود الأدلة من الكتاب والسنة على حرمة مال المسلم وحرمة أخذه

الا برضاه وطيب نفس منه وهذا هو قول الحنابلة والشافعية .

* أن مالامنفعة للغاصب فيه بعد القلع فانه يجبر على ابقائه للمغصوب منه بقيمته لأن مالانفع له فيه بعد القلع يعتبر قلعه إهدارا للمال وتفويتا للمصلحة دون أى فائدة تحصل له وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال . هذا فضلا عن كون هذا من باب المضارة التى نهى الشارع عنها . وهذا خلافا لقول الشافعية الذين قالوا له القلع مطلقا انتفع به أو لم ينتفع .

* أن مايحدثه الغاصب مما لايراد للدوام مثل أن يزرع فى الأرض المغصوبة فليس للمغصوب منه أن يأمر الغاصب بقلع زرعه خلافا للغرس والبناء لأن مدة الغرس طويلة ومدة الزرع قصيرة الاأن لصاحب الأرض أن يختار بين أمرين :

(أحدهما) أن يأخذ الزرع بنفقته .

(الثانى) أن يترك الزرع للغاصب الى الحصاد بأجرة المثل وأرش النقص ان نقصت به الأرض .

وهذا القول هو قول الحنابلة والامام مالك فى رواية عنه اختارهما غير واحد من أصحابه ،وذلك لأن ما استدل به هؤلاء من السنة على صحة ماذهبوا اليه صريح فى محل النزاع فلزم المصير اليه وترك ماعداه .

* أن الغاصب اذا أدخل العين المغصوبة فى ملكه مثل أن يغصب خشبة أو حجرا أو عمودا فيدخله فى بنائه أو لوحا فيرقع به سفينته أو خيطا فيخيط به ثوبه ونحو ذلك .

فقد اتفق الفقهاء فى الجملة على أن الغاصب يرد العين المغصوبة الى صاحبها ولو ترتب على ذلك هدم بنائه أو فساد سفينته أوتقطيع ثوبه .

(هـ) الأصل المتفق عليه بين الفقهاء أن الأيدى المترتبة على يد الغاصب يد ضمان سواء علم بأن ماقبضه مغصوب أم لم يعلم .هذا فى أصل وجوب الضمان أما استقراره فيفرق الفقهاء بين اليد المترتبة على يد الغاصب هل يعلم بأن هذا مغصوب أو لايعلم .

فان كان يعلم فان يده مثل يد الغاصب سواء كان العقد الذى قبض به العين المغصوبة من عقود الضمان أو من عقود الأمانة .
أما اذا لم يعلم أن العين مغصوبة فهذا ينظر فيه الى العقد الذى قَبَضَ بموجبه العين المغصوبة . وقد ذكرنا تفصيلات كل مذهب من المذاهب فى هذه المسألة فى موضعها ولله الحمد .

(٣٠) أن الغش من التصرفات المحرمة بكافة أشكاله وصوره بناء على ذلك فقد أظهر البحث رجحان قول من قال بجواز التعزير بالمال اذا كانت الجناية فيه كالغش ونحوه ويقوى عندى ماقاله شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله بأن هذا مفوض للامام أو من ينوب عنه يفعل مايرى المصلحة تقتضيه اذ أن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة .
لكن اذا رأى الامام مصادرة المغشوشات ونحوها عقوبة لصاحبها فان الأولى أن يفرقها على الفقراء الا أن تكون غير صالحة للاستهلاك كالأغذية الفاسدة أو التى تحتوى على مواد مضرة ونحوها فانه حينئذ يتعين اتلافها .

(٣١) أن الغلول من الغنيمة من التصرفات المحرمة شرعا التى يستحق فاعلها العقوبة وهذه العقوبة تكون على بدنه لافى ماله وهو قول جمهور الفقهاء خلافا للحنابلة الذين قالوا انه يعاقب بتحريق رحله واستدلوا بأحاديث ضعيفة لاتقوم بها حجة .
والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا ...

الفهارس

قائمة المصادر والمراجع

القـــرآن الكريـــم

(١) أحكام الأوقاف

أبى بكر أحمد بن عمر الشيبانى المعروف بالخصاف

الطبعة الأولى بمطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية عام ١٣٢٢هـ/١٩٠٤م.

(٢) أحكام القرآن

لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص

تحقيق محمد الصادق قمحاوى ـ الطبعة الثانية ـ الناشر دار المصحف

شركة مكتبة ومطبعة عبدالرحمن محمد ـ القاهرة .

(٣) أحكام القرآن

لأبى بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربى

تحقيق على محمد البجاوى ـ طبع عيسى البابى الحلبى .

(٤) أحكام القرآن

عماد الدين بن محمد الطبرى المعروف بالكيا الهَرّاسي

تحقيق موسى محمد على . والدكتور عزت على عيد عطية ـ طبع مطبعة

حسان بالقاهرة ـ نشر دار الكتب الحديثة ـ القاهرة .

(٥) الأحكام السلطانية والولايات الدينية

على بن محمد بن حبيب البصرى الماوردى

دار التوفيقية للطباعة ـ الناشر المكتبة التوفيقية ـ القاهرة .

(٦) الأحكام السلطانية

للقاضى أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلى

تصحيح وتعليق محمد حامد الفقى ـ الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م

شركة مكتبة ومطبعة الحلبى بمصر .

(٧) أحكام أهل الذمة
شمس الدين أبى عبدالله محمد بن أبى بكر ابن قيم الجوزية
(٦٩١ – ٧٥١هـ)
تحقيق صبحى الصالح – الطبعة الثانية مصورة عن الطبعة الأولى
١٤٠١هـ – الناشر دار العلم للملايين ٠

(٨) الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام
للامام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس المصرى المالكى
(٦٢٦ – ٦٨٤هـ)
تحقيق عبدالفتاح أبو غده – الناشر مكتب المطبوعات الاسلامية
حلب ١٣٨٧/٦/١٥هـ – ١٩٦٧/٩/١٩م ٠

(٩) اختلاف الحديث
الامام أبى عبدالله محمد بن ادريس الشافعى
مطبوع على هامش الأم طبعة دار الشعب الجزء السابع ٠

(١٠) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية
علاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن عباس البعلي الدمشقى
تحقيق محمد حامد الفقى – الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت – لبنان ٠

(١١) أدب القاضى
لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى
تحقيق محيى هلال سرحان – مطبعة الارشاد – بغداد – العراق – وزارة
الأوقاف – احياء التراث الاسلامى ٠

(١٢) ادرار الشروق على أنواء الفروق
سراج الدين أبى القاسم قاسم بن عبدالله الأنصارى المعروف
بابن الشاط
مطبوع على هامش الفروق ٠ دار المعرفة للطباعة والنشر ٠

(١٣) الآداب الشرعية والمنح المرعية

شمس الدين أبى عبدالله محمد بن مفلح المقدسى الحنبلى

الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض- ١٣٩١هـ/١٩٧١م ٠

(١٤) الأربعين النووية

للامام يحيى بن شرف الدين النووى

منشورات المكتبة العصرية بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م ٠

(١٥) ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول

محمد بن على الشوكانى

دار المعرفةللطباعة والنشر بيروت لبنان - توزيع دار البـــاز

للنشر والتوزيع مكة المكرمة ٠

(١٦) ارواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل

محمد ناصر الدين الألبانى

الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م - المكتب الاسلامى ٠

(١٧) أساس البلاغة

للامام جار الله أبى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى

تحقيق الأستاذ عبدالرحيم محمود - دار المعرفة للطباعة والنشـــر

بيروت لبنان ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ٠

(١٨) الاسعاف فى أحكام الأوقاف

برهان الدين ابراهيم بن موسى بن أبى بكر بن الشيخ علـــى

الطرابلسى الحنفى

الطبعة الثانية ٠ المطبعة الهندية مصر المحمية ١٣٢٠هـ/١٩٠٢م ٠

(١٩) أسنى المطالب شرح روض الطالب

أبى يحيى زكريا الأنصارى الشافعى

الناشر المكتبة الاسلامية ٠

(٢٠) الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية

جلال الدين عبدالرحمن السيوطى

الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٩م - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر ٠

(٢١) الاشراف على مسائل الخلاف
للقاضى عبدالوهاب البغدادى
مطبعة الارادة بتونس- بدون تاريخ .

(٢٢) أضواء البيان فى ايضاح القرآن بالقرآن
محمد الأمين المختار الجكنى الشنقيطى
مطبعة المدنى .

(٢٣) الاعتصام
أبى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الشاطبى الغرناطى
مطابع شركة الاعلانات الشرقية - الناشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

(٢٤) اعلام الموقعين عن رب العالمين
أبى عبدالله محمد بن أبى بكر بن القيم
تعليق طه عبدالرؤوف سعد - شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢٥) الأم
الامام أبى عبدالله محمد بن ادريس الشافعى
طبعة دار الشعب .

(٢٦) الأموال
أبى عبيد القاسم بن سلام
تحقيق محمد خليل الهراس- الطبعة الثالثة - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة - دار الفكر للطباعة والنشر .

(٢٧) الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل
علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى
تحقيق محمد حامد الفقى - الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ .

(٢٨) ايضاح المسالك الى قواعد الامام مالك
تأليف أبى العباس أحمد بن يحيى الونشريسى
تحقيق أحمد بوطاهر الخطابى - ط الرباط ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م مطبعة فضالة المحمدية - المغرب .

(٢٩) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث
للشيخ أحمد محمد شاكر
مصور عن الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م - الناشر دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان .

(٣٠) البحر الرائق شرح كنز الدقائق
زين الدين ابن نجيم الحنفى
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .

(٣١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ت ٥٨٧هـ
مطبعة الامام بالقاهرة - الناشر زكريا على يوسف .

(٣٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد
لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير
بابن رشد الحفيد
الناشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

(٣٣) البهجة فى شرح التحفة
أبى الحسن على بن عبدالسلام التسولى
الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م دار المعرفةللطباعة والنشر والتوزيع
بيروت لبنان - توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

(٣٤) تأسيس النظر
عبدالله بن عمر الدبوسى الحنفى
مطبعة الامام بالقاهرة - الناشر زكريا يوسف .

(٣٥) التاج والاكليل لمختصر خليل
أبى عبدالله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق
مطبوع على هامش مواهب الجليل للحطاب - مطابع دار الكتاب
اللبنانى بيروت لبنان - ملتزم الطبع والنشر مكتبة النجاح
ليبيا - طرابلس .

(٣٦) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام
للقاضى برهان الدين ابراهيم بن على بن أبى القاسم بن محمد بن فرحون المالكى
مطبوع على هامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ٠ توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة ٠

(٣٧) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق
فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى
الطبعة الثانية معادة بالأوفست عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية – الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ٠

(٣٨) تحفة المحتاج الى أدلة المنهاج
لابن الملقن ت ٨٠٤هـ
تحقيق عبدالله بن سعاف اللحيانى – دار حراء للنشر والتوزيع ط الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م ٠

(٣٩) تخريج الفروع على الأصول
شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجانى ت ٦٥٦هـ
تحقيق د٠ محمد أديب صالح – ط ٥ – ١٤٠٤هـ الناشر مؤسسة الرسالة بيروت ٠

(٤٠) التعليق المغنى على سنن الدارقطنى
أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى
مطبوع على هامش سنن الدارقطنى – طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة عام ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م – الناشر عبدالله هاشم اليمانى المدنى ٠

(٤١) ترتيب القاموس المحيط
ترتيب الأستاذ الطاهر أحمد الزاوى
الناشر دار الكتب العلمية بيروت – توزيع دار الباز مكة المكرمة ٠

(٤٢) تفسير أبى السعود أو ارشاد العقل السليم الى مزايا الكتاب الكريم
لقاضى القضاة أبى السعود بن محمد العماد الحنفى
تحقيق عبدالقادر أحمد عطا - الناشر مكتبة الرياض الحديثة
بالرياض - الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - مطابع دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع - لبنان .

(٤٣) تفسير القرآن العظيم
للامام عماد الدين أبى الفداء اسماعيل بن كثير القرشى
طبع بدار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاه .

(٤٤) تقريب التهذيب
ابن حجر العسقلانى
دار نشر الكتب الاسلامية باكستان ط ١ - ١٣٩٣هـ أو الطبعة التى حققها
وعلق حواشيها عبدالوهاب عبداللطيف ونشرها محمد سلطان النمنكانى
المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

(٤٥) تقريرات الشربينى على شرح المحلى على متن جمع الجوامع
مطبوع على هامش حاشية البنانى على شرح الجلال المحلى على متن
جمع الجوامع للسبكى دار الفكر ١٩٨٢م/١٤٠٢هـ .

(٤٦) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير
أبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى
تحقيق الدكتور شعبان محمد اسماعيل - مطبعة الفجالة الجديدة
بمصر - الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٤٧) التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسانيد
لأبى عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمرى الأندلسى
تحقيق مجموعة من الأساتذة
الناشر وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالمغرب .

(٤٨) التنقيح المشبع فى تحرير أحكام المقنع
علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى
مطابع الدجوى - القاهرة - عابدين - منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض

(٤٩) تهذيب التهذيب
لابن حجر العسقلانى
الناشر دار الفكر بيروت ـ ط دار صادر بيروت ـ مصورة عن الطبعة الأولى بمجلس دار المعارف بحيدر آباد الدكن سنة ١٣٢٥هـ ٠

(٥٠) تهذيب الفروق والقواعد السنية
الشيخ محمد على بن المرحوم الشيخ حسين
مطبوع على هامش الفروق ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان ٠

(٥١) تهذيب سنن أبى داود
محمد بن أبى بكر ابن القيم
مطبوع على هامش مختصر سنن أبى داود ـ طبع مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ٠

(٥٢) تهذيب الآثار وتفصيل معانى الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأخبار
للامام محمد بن جرير الطبرى
تحقيق الدكتور ناصر بن سعد الرشيد ـ عبدالقيوم عبد رب النبى
طبع بمطابع الصفا بمكة المكرمة ١٤٠٢هـ ٠

(٥٣) تيسير التحرير
للعلامة محمد أمين المعروف بأمير باداشاه الحسينى الحنفى
الناشر دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان ـ توزيع دار الباز عباس أحمد الباز ـ مكة المكرمة ٠

(٥٤) جامع أحكام الصغار
محمد بن محمود الأسروشنى
دراسة وتحقيق عبدالحميد عبدالخالق البيزلى ـ الطبعة الأولى ١٩٨٢م ـ مطبعة النجوم الخضراء ـ بغداد ٠

(٥٥) جامع الأصول فى أحاديث الرسول
مجدالدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزرى
تحقيق عبدالقادر الأرناؤوط ـ نشر وتوزيع مكتبة الحلوانى ـ مطبعة الملاح ـ مكتبة دار البيان عام ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م ٠

(٥٦) الجامع الصحيح وهو (سنن الترمذى)
أبى عيسى محمد بن عيسى بن سوره
تحقيق أحمد شاكر ـ فؤاد عبدالباقى ـ ابراهيم عطوة عوض ـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ـ الناشر : مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٥٧) جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم
زين الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلى البغدادى ـ طبع مطبعة الكيلانى ـ منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض .

(٥٨) جامع الفصولين
للشيخ محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضى سماوه الحنفى
الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ .

(٥٩) الجامع لأحكام القرآن
لأبى عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى
الناشر : دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة .

(٦٠) الجواب المفيد فى حكم التصوير
سماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز
الطبعة الرابعة ١٤٠١هـ/١٩٨١م ـ مطابع النصر الحديثة بالرياض .

(٦١) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل
صالح عبدالسميع الأبى الأزهرى
دار احياء الكتب العربية ـ عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٦٢) الجوهر النقى
للعلامة علاء الدين على بن عثمان المارديني الشهير (بابن التركمانى)
المتوفى عام ٧٤٥هـ
مطبوع على هامش السنن الكبرى للبيهقى ـ المصورة عن الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند عام ١٣٥٢هـ ـ الناشر : دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

(٦٣) حاشية ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين
للسيد علوى بن السيد أحمد السقاف
الطبعة الثانية ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر .

(٦٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير
شمس الدين محمد بن عرفه الدسوقى
طبع بدار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٦٥) حاشية الامام السندى على سنن النسائى
مطبوع مع سنن النسائى - الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ الناشر دار الفكر للطباعة والنشر بيروت .

(٦٦) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج
لأبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى القاهرى
مطبوع مع نهاية المحتاج - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٦٧) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق
مطبوعة على هامش تبيين الحقائق للزيلعى - المصور عن الطبعة الأولى سنة ١٣١٣هـ - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر .

(٦٨) حاشية الصاوى على الشرح الصغير للدردير
وهى المسماة (بلغة السالكلأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك)
للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى
طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان - توزيع دار الباز مكة المكرمة .

(٦٩) حاشية العدوى على شرح أبى الحسن على رسالة ابن أبى زيدالقيروانى
للشيخ على الصعيد العدوى
نشر وطبع : دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .

(٧٠) حاشية المغربى الرشيدى على نهاية المحتاج
للشيخ أحمد بن عبدالرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى
مطبوع مع نهاية المحتاج - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٧١) الحيازة فى العقود فى الفقه الاسلامى
الدكتور نزيه كمال حماد
الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م - الناشر مكتبة دار البيان دمشق .

(٧٢) الدر المنتقى فى شرح الملتقى
علاء الدين الحصكفى
مطبوع على هامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المصور عن طبعة دار الطباعة العامرة ١٣١٦هـ - نشر دار احياء التراث العربى .

(٧٣) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية
لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى
تصحيح وتعليق عبدالله هاشم اليمانى المدنى - مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م .

(٧٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام
للقاضى الشهير بمنلا خسرو الحنفى
طبعة بدون .

(٧٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية
للشيخ على حيدر
تعريب فهمى الحسينى - منشورات مكتبة النهضة ،بيروت - بغداد
توزيع دار العلم للملايين - بيروت - لبنان .

(٧٦) الدر المختار شرح تنوير الأبصار
محمد علاء الدين الحصكفى
مطبوع مع حاشيته المسماة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

(٧٧) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
محمد أمين الشهير بابن عابدين
الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٧٨) رسالة بيع الوقف اذا خرب وما لأهل المذهب فى ذلك
للعلامة الشيخ يحيى بن محمد الحطاب
مطبوع ضمن مجموعة رسائل فى مسائل الانزالات والخلوات والكردار
المطبعة التونسية الرسمية سنة ١٣١٦هـ .

(٧٩) روضة الطالبين وعمدة المفتين
لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى
المكتب الاسلامى للطباعة والنشر .

(٨٠) روضة القضاة وطريق النجاة
لأبى القاسم على بن محمد بن أحمد الرحبى السمنانى
تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى - الناشر : مؤسسة الرسالة
بيروت - دار الفرقان عمان .

(٨١) الروض الندى شرح كافى المبتدى
أحمد بن عبدالله بن أحمد البعلى
مطابع الدجوى - القاهرة - عابدين - منشورات المؤسسة السعيدية
بالرياض .

(٨٢) زاد المحتاج بشرح المنهاج
للعلامة الشيخ عبدالله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجى
الطبعة الأولى - الناشر الشئون الدينية بدولة قطر .

(٨٣) زاد المعاد فى هدى خير العباد
أبى عبدالله محمد بن أبى بكر ابن قيم الجوزية
تحقيق محمد حامد الفقى - طبع بمطبعة السنة المحمدية - القاهرة .

(٨٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام
محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير
الناشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

(٨٥) سنن ابن ماجه
لأبى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجه
تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبدالباقى
الناشر دار احياء التراث العربى .
(٨٦) سنن أبى داود
للامام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى
تعليق عزت عبيد الدعاس ـ نشر وتوزيع محمد على السيد ـ حمص
الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م .
(٨٧) سنن الدارقطنى
على بن عمر الدارقطنى
طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة عام ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م ـ الناشر
عبدالله هاشم اليمانى المدنى .
(٨٨) السنن الكبرى
أبى بكر أحمد بن الحسن بن على البيهقى
مصورة عن الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية
بحيدر آباد الدكن الهند عام ١٣٥٢هـ ـ الناشر : دار الباز
للنشر والتوزيع .
(٨٩) سنن النسائى
للحافظ أبى عبدالرحمن بن شعيب النسائى
المطبعة المصرية بالأزهر ـ الناشر دار الفكر ـ بيروت .
(٩٠) سنن سعيد بن منصور
للامام الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخرسانى المكى
تحقيق وتعليق الأستاذ حبيب الرحمن الأعظمى ـ الناشر دار الكتب
العلمية ـ توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .
(٩١) شرح أبى الحسن على رسالة ابن أبى زيد القيروانى المسمى (كفاية
الطالب الربانى لرسالة ابن أبى زيد القيروانى)
لأبى الحسن على المالكى
مطبوع مع حاشية العدوى عليه ـ نشر دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت لبنان .

(٩٢) شرح الاسنوى نهاية السول
للامام جمال الدين عبدالرحيم الاسنوى ت ٧٧٢هـ
على منهاج الأصول فى علم الأصول للقاضى البيضاوى ت ٦٨٥هـ
مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر •
(٩٣) شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع
للامام تاج الدين عبدالوهاب السبكى
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٨٢م/١٤٠٢هـ •
(٩٤) شرح حدود ابن عرفة
لأبى عبدالله محمد الأنصارى المشهور (بالرصاع التونسى)
المطبعة التونسية ـ الطبعة الأولى تونس ١٣٥٠هـ •
(٩٥) شرح الخرشى على مختصر خليل
محمد الخرشى المالكى
دار صادر بيروت •
(٩٦) شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك
الشيخ سيدى محمد الزرقانى
الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة عام ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م
المطبعة الخيرية •
(٩٧) شرح السنة
للامام أبى محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوى
تحقيق شعيب الأرناؤوط ـ الناشر المكتب الاسلامى دمشق •
(٩٨) شرح العناية على الهداية
لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى الحنفى
مطبوع مع شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ـ مطبعة مصطفى
البابى الحلبى بمصر عام ١٣٨٩هـ •
(٩٩) شرح القواعد الفقهية
الشيخ أحمد الزرقاء
دار الغرب الاسلامى ـ الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م •

(١٠٠) الشرح الكبير على مختصر خليل
لأبى البركات سيدى أحمد الدردير
مطبوع على هامش حاشية الدسوقى على الشرح المذكور - دار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى بمصر .

(١٠١) الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك
للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير
مطبوع على هامش حاشية الصاوى عليه المسماة بلغة السالك
طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان - توزيع دار الباز مكة المكرمة .

(١٠٢) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر فى أصول الفقه
للشيخ محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن على الفتوحى الحنبلى المعروف بابن النجار
تحقيق الدكتور محمد الزحيلى - الدكتور نزيه كمال حماد - الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م - من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى بمكة المكرمة - مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى سابقا .

(١٠٣) شرح المنار فى الأصول
عبداللطيف الشهير بابن الملك
والمنار لأبى البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى الحنفى ت ٧١٠هـ
المطبعة العثمانية دار سعادة .

(١٠٤) شرح النووى على صحيح الامام مسلم
لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى
المطبعة المصرية ومكتبتها .

(١٠٥) شرح سنن النسائى
جلال الدين السيوطى
مطبوع مع سنن النسائى ـ الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ ـ الناشر دار الفكر للطباعة والنشر بيروت .

(١٠٦) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى
كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسى ثم الاسكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى
مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر عام ١٣٨٩هـ .

(١٠٧) شرح معانى الآثار
لأبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامه بن عبدالملك بن سلمة الأزدى الحجرى المصرى الطحاوى الحنفى
تحقيق وتصحيح محمد زهرى النجار ـ نشر دار الكتب العلمية توزيع دار الباز للنشر والتوزيع ـ مكة المكرمة .

(١٠٨) شرح منتهى الارادات
منصور بن يونس البهوتى
الناشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

(١٠٩) صحيح البخارى
أبى عبدالله محمد بن اسماعيل البخارى الجعفى
طبع مؤسسة آليف أوفست ـ المكتب الاسلامى استانبول تركيا .

(١١٠) صحيح مسلم
الامام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى
تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ـ نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالسعودية .

(١١١) صحيح وضعيف الجامع الصغير
محمد ناصر الدين الألبانى
الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ ـ المكتب الاسلامى ـ بيروت .

(١١٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية
لأبى عبدالله محمد بن أبى بكر بن القيم
تحقيق الدكتور محمد جميل غازى ـ مطبعة المدنى القاهرة .

(١١٣) عارضة الأحوذى بشرح الترمذى
للقاضى أبى بكر بن العربى
مكتبة المعارف ـ دار العلم للجميع سوريا .

(١١٤) عون المعبود شرح سنن أبى داود
للعلامة أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى
الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م ـ مطابع المجد ـ القاهرة
الناشر محمد بن عبدالمحسن المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

(١١٥) غاية المرام فى تخريج أحاديث الحلال والحرام
الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى
الناشر المكتب الاسلامى .

(١١٦) غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى
مرعى بن يوسف الحنبلى
الطبعة الثانية ـ مطابع الكيلانى ـ منشورات المؤسسة السعيدية
بالرياض .

(١١٧) غريب الحديث
للامام أبى اسحاق ابراهيم بن اسحاق الحربى
تحقيق الدكتور سليمان بن ابراهيم العايد ـ الطبعة الأولى
١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ـ من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى
بمكة المكرمة مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى سابقا .

(١١٨) غريب الحديث
لأبى عبيد القاسم بن سلام الهروى
طبعة مصورة عن السلسلة الجديدة من مطبوعات دائرة المعارف
العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م ـ الناشر
دار الكتاب العربى بيروت لبنان .

(١١٩) غريب الحديث
للامام أبى سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم الخطابى البستى
تحقيق عبدالكريم ابراهيم الغزباوى - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م
من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى بمكة المكرمة
مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى سابقا .

(١٢٠) الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز
للشيخ الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف
بابن البزاز الكردى الحنفى
مطبوع على هامش الأجزاء الرابع والخامس والسادس من الفتاوى
العالمكيرية المعروف بالفتاوى الهندية
مصورة عن الطبعة الثانية بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق
مصر المحمية عام ١٣١٠هـ .

(١٢١) الفتاوى السعدية
الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدى
الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - الناشر مكتبة المعارف - الرياض .

(١٢٢) الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية
لمجموعة من علماء الهند
الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م - دار احياء التراث العربى
للنشر والتوزيع بيروت لبنان .

(١٢٣) فتاوى قاضيخان
فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى الحنفى
مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية - الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م
دار احياء التراث العربى للنشر والتوزيع بيروت لبنان .

(١٢٤) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن ابراهيم بن عبداللطيف
آل الشيخ
جمع وترتيب محمد بن عبدالرحمن بن قاسم - الطبعة الأولى
مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٩هـ .

(١٢٥) فتح الباري، شرح صحيح الامام البخاري
للحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي
المطبعة الفنية للطبع والنشر بمصر ـ مكتبة الكليات الأزهرية ٠

(١٢٦) الفتح الرباني ترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني
أحمد عبدالرحمن البنا
دار الشهاب ـ القاهرة ـ مطابع دار العلم للطباعة والنشر ٠

(١٢٧) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك
أبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ٠

(١٢٨) فتح الغفار بشرح المنار
المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار
زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي
مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م ٠

(١٢٩) فتح المغيث شرح ألفية الحديث للعراقي
تأليف الامام الشيخ شمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي
المتوفى سنة ٩٠٢هـ
تحقيق عبدالرحمن محمد عثمان ـ الطبعة الثانية عام ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م
مطبعة العاصمة الناشر المكتبة السلفية ـ المدينة المنورة ٠

(١٣٠) الفروق
أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ٠

(١٣١) الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني
للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري
طبع ونشر دار المعرفة بيروت لبنان ـ توزيع دار الباز للنشر
والتوزيع مكة المكرمة ٠

(١٣٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام
أبى محمد عز الدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمى
مراجعة وتعليق طه عبدالرؤوف سعد - الناشر مكتبة الكليات
الأزهرية - دار الشروق للطباعة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م .

(١٣٣) القواعد فى الفقه الاسلامى
للحافظ أبى الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلى ت ٧٩٥هـ
الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - توزيع
دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

(١٣٤) القواعد والفوائد الأصولية ومايتعلق بها من الأحكام الفرعية
للشيخ أبى الحسن علاء الدين (ابن اللحام)(٧٥٢ - ٨٠٣هـ)
تحقيق وتصحيح محمد حامد الفقى - دار الباز للنشر والتوزيع
مكة المكرمة - دار الكتب العلمية بيروت - ط الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

(١٣٥) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية
محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى
دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٤م .

(١٣٦) الكافى فى فقه أهل المدينة
لأبى عمر بن عبدالبر النمرى القرطبى
تحقيق الدكتور محمد الموريتانى - طبع دار الهدى للطباعة
١٣٩٩هـ/١٩٧٩م .

(١٣٧) كتاب السير من الحاوى الكبير
لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى
تحقيق محمد بن رديد المسعودى - مطبوع على الآلة الكاتبة وهو
رسالة دكتوراه تقدم بها المحقق الى كلية الشريعة بجامعة
أم القرى .

(١٣٨) الكتاب المصنف فى الأحاديث والآثار
للامام عبدالله بن محمد بن أبى شيبة الكوفى
تحقيق الأستاذ عامر الأعظمى - الدار السلفية بومباى - الهند .

(١٣٩) كتب ليست من الاسلام
محمود مهدى الاستانبولى
المكتب الاسلامى ط ٢ ، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

(١٤٠) كشاف القناع عن متن الاقناع
منصور بن يونس البهوتى
مطبعة الحكومة مكة المكرمة .

(١٤١) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى
علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخارى ت ٧٣٠هـ
طبعة ١٣٩٤هـ بالأوفست ـ دار الكتاب العربى بيروت لبنان .

(١٤٢) كشف القناع عن تضمين الصناع
لأبى على الحسن بن رحال المعدانى المتوفى سنة ١١٤٠هـ/١٧٢٨م بمكناس
دراسة وتحقيق الدكتور محمد أبو الأجفان ـ الناشر : الدار
التونسية للنشر مطبعة القومية للنشر ـ الطبعة الأولى ١٩٨٦م .

(١٤٣) كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات
زين الدين عبدالرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلى ثم الدمشقى
المطبعة السلفية ومكتبتها .

(١٤٤) لسان الحكام فى معرفة الأحكام
للشيخ أبى الوليد ابراهيم بن أبى اليمن محمد بن أبى الفضل
المعروف بابن الشحنة الحنفى
مطبوع مع معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام
علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى
الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م ـ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(١٤٥) لسان العرب
أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقى المصرى
دار صادر للطباعة والنشر ،دار بيروت للطباعة والنشر ـ بيروت
١٣٧٥هـ/١٩٥٦م .

(١٤٦) المبدع شرح المقنع
ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح الحنبلى
المكتب الاسلامى ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .

(١٤٧) المبسوط
شمس الدين السرخسى
الطبعة الثالثة معادة بالأوفست ١٩٧٨م - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .

(١٤٨) مجلة البحوث الاسلامية
العدد الحادى عشر عام ١٤٠٥هـ
مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالسعودية - الرياض .

(١٤٩) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر
عبدالرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد افندى
مصور عن طبعة دار الطباعة العامرة ١٣١٦هـ - نشر دار احياء التراث العربى .

(١٥٠) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد
للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى
الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م - منشورات دار الكتاب العربى بيروت لبنان .

(١٥١) المجموع شرح المهذب
للامام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى وتكملة كل من الامام تقى الدين على بن عبدالكافى السبكى ومحمد نجيب المطيعى
التوزيع : المكتبة العالمية بالفجالة مصر .

(١٥٢) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية
جمع وترتيب الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد - مكتبة المعارف - الرباط - المغرب .

(١٥٣) المحرر فى الفقه
الشيخ الامام مجد الدين أبى البركات بن تيمية
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م .

(١٥٤) المحلـــى
لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى
دار الاتحاد العربى للطباعة - الناشر مكتبة الجمهوريـة
العربية مصر .

(١٥٥) مختصر سنن أبى داود
لأبى محمد عبد العظيم بن عبد القوى بن عبد الله بن سلامة بن
سعد الحافظ المنذرى
تحقيق محمد حامد الفقى - طبع مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .

(١٥٦) المختصر فى أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل
على بن محمد بن على بن عباس بن شيبان البعلى ثم الدمشقـى
الحنبلى علاء الدين أبو الحسن المعروف بابن اللحام
تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا - من منشورات مركز البحث العلمى
واحياء التراث الاسلامى جامعة أم القرى سابقا - معهد البحوث
حاليا - عام ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م .

(١٥٧) مدارج السالكين بين منازل اياك نعبد واياك نستعين
لأبى عبد الله محمد بن أبى بكر بن القيم
مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٧٥هـ - الناشر دار الفكر العربى .

(١٥٨) المدخل الفقهى العام
مصطفى أحمد الزرقاء
دار الفكر بيروت لبنان - مطبعة طربين ١٣٨٤هـ/١٩٦٥م .

(١٥٩) المدونة الكبرى
رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن
القاسم العتقى عن امام دار الهجرة أبى عبد الله مالك بن أنس
الأصبحى
مطبعة السعادة بمصر .

(١٦٠) مرشد الاجراءات الجنائية
(الضبط والتحقيق ـ المحاكمة ـ التنفيذ)
صادر من وزارة الداخلية بالمملكة العربية السعودية ـ الادارة العامة للحقوق ـ الحقوق العامة ـ مطابع الأمن العام •

(١٦١) مسائل الامام أحمد ـ رواية ابنه عبدالله
تحقيق ودراسة الدكتور على سليمان المهنا ـ الناشر مكتبة الدار بالمدينة المنورة ـ الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م •

(١٦٢) المستدرك على الصحيحين
لأبى عبدالله الحاكم النيسابورى
الناشر : دار الكتب العلمية •

(١٦٣) مسند الامام أحمد بن حنبل
دار صادر بيروت لبنان •

(١٦٤) مسند الامام أحمد بن حنبل الشيبانى
تحقيق الأستاذ أحمد شاكر
دار المعارف بمصر ١٣٧٢هـ/١٩٥٣م •

(١٦٥) مشارق الأنوار على صحاح الآثار
للقاضى أبى الفضيل عياض بن موسى بن عياض اليحصبى السبتى المالكى ت ٥٤٤هـ
طبع ونشر المكتبة العتيقة تونس ،دار التراث ـ القاهرة •

(١٦٦) المشوف المعلم فى ترتيب الاصلاح على حروف المعجم
لأبى البقاء عبدالله بن الحسين العكبرى الحنبلى
تحقيق ياسين محمد السواس ـ من منشورات مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى بجامعة أم القرى سابقا معهد البحوث حاليا عام ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م •

(١٦٧) مصباح الزجاجة فى زوائد ابن ماجه
الحافظ أحمد بن أبى بكر بن اسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان بن عمر الكنانى المحدث شهاب الدين البوصيرى

تحقيق محمد المنتقى الكشناوى ـ الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ـ دار العربية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت .

(١٦٨) مصنف عبدالرزاق
عبدالرزاق بن همام الصنعانى
تحقيق حبيب الرحمن الأعظمى ـ الطبعة الأولى عام ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .

(١٦٩) معالم السنن
الشيخ حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب المعروف ب (الخطابى)
مطبوع مع سنن أبى داود ـ تعليق عزت عبيد الدعاس ـ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م ـ مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(١٧٠) معجم مقاييس اللغة
لأبى الحسين أحمد بن فارس بن زكريا
تحقيق عبدالسلام محمد هارون ـ الطبعة الثانية ١٩٦٩م ـ مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(١٧١) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب
أحمد بن يحيى الونشريسى ـ دار الغرب الاسلامى ـ بيروت .

(١٧٢) المغنى
لأبى محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسى
تحقيق الدكتور طه محمد الزينى ـ مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٨٨هـ ـ الناشر مكتبة القاهرة .

(١٧٣) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج
للشيخ محمد الشربينى الخطيب
طبع ونشر مصطفى الحلبى بمصر .

(١٧٤) المغنى فى أصول الفقه
للامام جلال الدين أبى محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازى
تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا ـ الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ ـ من منشورات معهد البحوث بجامعة أم القرى مكة المكرمة ـ مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى سابقا .

(١٧٥) المفردات فى غريب القرآن
الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهانى
الناشر مكتبة الانجلو المصرية ـ ط المطبعة الفنية الحديثة .

(١٧٦) مفيد الأنام ونور الظلام فى تحرير الأحكام لِحَجِّ بيت الله الحرام
للشيخ عبدالله بن عبد الرحمن الجاسر
الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م ـ الناشر مكتبة النهضة المصرية .

(١٧٧) المقنع فى فقه الامام أحمد بن حنبل الشيبانى
للامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسى
الطبعة الثانية ـ المطبعة السلفية ومكتبتها .

(١٧٨) الملكية فى الشريعة الاسلامية
للدكتور عبدالسلام داود العبادى
الناشر مكتبة الأقصى عمان ـ مطابع وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الاسلامية ـ عمان ـ الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م .

(١٧٩) المناقلة بالأوقاف
أحمد بن الحسن بن عبدالله بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة الشهير بابن قاضى الجبل الحنبلى
الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ ـ مطابع دار الأصفهانى وشركاه بجدة .

(١٨٠) المنتقى شرح موطأ الامام مالك
لأبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى الأندلسى
طبع بمطبعة السعادة بمصر ـ الناشر دار الفكر العربى .

(١٨١) المنثور فى القواعد
بدرالدين محمد بن بهادر الزركشى الشافعى
تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود ـ الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م ـ طباعة مؤسسة الفليج للطباعة والنشر الكويت ـ من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بدولة الكويت .

(١٨٢) المنهاج

لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى

مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ـ مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ـ عام ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م .

(١٨٣) منح الجليل على مختصر العلامة خليل

للقاضى محمد عليش

الناشر : مكتبة النجاح طرابلس ـ ليبيا .

(١٨٤) منحة الخالق على البحر الرائق

محمد أمين الشهير بابن عابدين

مطبوع على هامش البحر الرائق ـ دار المعرفة بيروت لبنان .

(١٨٥) المهذب فى فقه الامام الشافعى

لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى

طبع بمطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(١٨٦) موارد الظمآن الى زوائد ابن حبان

نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى

تحقيق ونشر محمد عبدالرزاق حمزة ـ دار الكتب العلمية توزيع مكتبة المعارف بالرياض .

(١٨٧) الموافقات فى أصول الأحكام

أبى اسحاق ابراهيم بن موسى اللّخمي الغرناطى المعروف بالشاطبى ٧٩٠هـ

تحقيق محمد محيى الدين عبدالحميد ـ نشر وطبع مكتبة ومطبعة محمد على صبيح بالقاهرة .

(١٨٨) مواهب الجليل شرح مختصر خليل

أبى عبدالرحمن بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالحطاب

مطابع دار الكتاب اللبنانى بيروت لبنان ـ ملتزم الطبع والنشر مكتبة النجاح ـ طرابلس ـ ليبيا .

(١٨٩) الموطـــأ
للامام مالك بن أنس الأصبحى
تعليق وترتيب محمد فؤاد عبدالباقى - الناشر دار احياء الكتب
العربية عيسى البابى الحلبى .

(١٩٠) نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار
شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى
وهو تكملة شرح فتح القدير للكمال بن الهمام
الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م - نشر وطبع مكتبة ومطبعة الحلبى
بمصر .

(١٩١) النتف فى الفتاوى
أبى الحسين السغدى
مطبعة الارشاد بغداد ١٩٧٦م - تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهى .

(١٩٢) نصب الراية لأحاديث الهداية
جمال الدين أبى محمد عبدالله بن يوسف الزيلعى الحنفى
دار احياء التراث العربى الناشر المكتبة الاسلامية - مصور عن
الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ/١٩٣٨م .

(١٩٣) نظام المرور
الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ وتاريخ ١٣٩١/١١/٦هـ - مطبعة
الحكومة - مكة المكرمة ١٣٩٣هـ .

(١٩٤) نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى
الدكتورمحمد بن عبدالله بن محمد الأحمد
رسالة دكتوراه - مطبوعة على الآلة الكاتبة - مقدمة الى كلية
الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة عام ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

(١٩٥) نهاية المحتاج الى شرح المحتاج
شمس الدين محمد بن أبى العباس بن شهاب الدين الرملى المنوفى
المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير
الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ - مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(١٩٦) النهاية فى غريب الحديث والأثر
مجد الدين أبى السعادات المبارك محمد بن الأثير
تحقيق محمود الطناحى ـ دار احياء التراث العربى بيروت لبنان
الناشر المكتبة الاسلامية .

(١٩٧) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار
محمد بن على بن محمد الشوكانى
تحقيق طه عبدالرؤوف سعد ـ مصطفى محمد الهوارى ـ شركة الطباعة
الفنية المتحدة ١٣٩٨هـ ـ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(١٩٨) الهداية شرح بداية المبتدى
مطبوع مع شرح فتح القدير
الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م ـ نشر وطبع مكتبة ومطبعة الحلبى
بمصر .

(١٩٩) الوجيز فى فقه مذهب الامام الشافعى
لأبى حامد الغزالى
مطبعة الآداب والمؤيد بمصر عام ١٣١٧هـ .

فهـرس الآيـــــــات

فهرس الأحاديث المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

فهرس الآثار المروية عن الصحابة والتابعين

الصفحة

الصفحة

فهـــرس الموضوعـــات

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة